Hildburga Schauer

IST EINE VERMÖGENSGEFÄHRDUNG ALS VERMÖGENSBESCHÄDIGUNG IM SINNE DES § 263 STGB ANZUSEHEN?

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547202_0024

Ist eine Vermögensgefährdung als Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB anzusehen?

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch den

Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von

Hildburga Schauer
aus Münster (Westf.)

1973

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Lenckner
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Schneider
Dekan:	Prof. Dr. Wessels
Tag der mündlichen Prüfung:	9.2.1973

Inhaltsverzeichnis Seite

Einleitung und Problemstellung 1

1. Abschnitt

Definition des Vermögens, des Vermögensschadens und der Vermögensgefährdung 2

I. Vermögen 2
1. Juristische Vermögenstheorie 2
2. Wirtschaftliche Vermögenstheorie 5
3. Juristisch-ökonomische Vermittlungslehre 6
4. Personale Vermögenstheorie 7
5. Stellungnahme 7

II. Vermögensschaden 9
1. Begriff 9
2. Schadensfeststellung 10
a) Methode 10
b) Zeitpunkt 11
c) Maßstab 11

III. Vermögensgefährdung 15
1. Subjektive Theorie 15
2. Objektive Theorie 15
3. Notwendiger Intensitätsgrad der Gefährdung 18
4. Zeitlicher Zusammenhang zwischen Gefahr und erwartetem Schadenseintritt 23
5. Definition der Gefährdung im Gegensatz zum Schaden 25

Seite

2. Abschnitt

Ist eine Vermögensgefährdung als Vermögensschaden anzusehen? 26

I. Die verschiedenen Ansichten 26

II. Stellungnahme 29

3. Abschnitt

Ist dann, wenn die herrschende Meinung eine "Vermögensgefährdung" annimmt, bereits ein Vermögensschaden eingetreten? Untersuchung der einzelnen Betrugsarten 35

I. Erlangung einer Leistung des Opfers bzw. einer Forderung gegen das Opfer 35

1. Kreditbetrug infolge Zahlungsunfähigkeit 35

a) Täuschungshandlung 36
b) Vermögensgefährdung 37

(aa) Logische Betrachtungsweise 41
(bb) Privatrechtliche Betrachtungsweise 44
(cc) Wirtschaftliche Betrachtungsweise 49
(dd) Zustimmung in der strafrechtlichen Literatur 53

c) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensfeststellung 55
d) Zusammenfassung zum Vermögensschaden beim Kreditbetrug 60
e) Schädigungsvorsatz 62
f) Absicht rechtswidriger Bereicherung 66

2. Kreditbetrug infolge fehlenden Zahlungswillens 69

		Seite
3.	Zechprellerei	73
a)	Der zahlungsunfähige Gast	75
b)	Der zahlungsfähige Gast, der nicht zahlt	75
(aa)	Entfernung des unbekannten Gastes	75
(bb)	Fehlender Zahlungswille des bekannten Gastes	77
(cc)	Nichtzahlung des bekannten, zahlungsfähigen und zahlungswilligen Gastes	79
4.	Kreditbetrug infolge Verhinderung der Realisierung der gebotenen Sicherheiten für die Forderung	80
a)	Faustpfand, Sicherungshypothek, Sicherungsgrundschuld, selbstschuldnerische Bürgschaft, Sicherungsübereignung	80
b)	Eigentumsvorbehalt	88
c)	Kausalität zwischen Verfügung und Schaden	91
(aa)	Sicherungsübereignung und Faustpfand	92
(bb)	Eigentumsvorbehalt	93
5.	Stundung durch Kreditverlängerung	94
6.	Scheckbetrug	100
7.	Betrug durch Veräußerung unterschlagener oder durch Betrug erlangter Gegenstände ("Makeltheorie")	111
a)	Kauf und Übereignung fallen zusammen	111
b)	Die Übereignung folgt dem Kaufabschluß nach	118
8.	Eingehungsbetrug	119
a)	Täuschung über Mängelfreiheit oder zugesicherte Eigenschaften	120

		Seite
(aa)	Kauf eines bestimmten mangelhaften Gegenstandes, dessen Wert unter dem Preis liegt	120
(bb)	Kauf eines bestimmten mangelhaften Gegenstandes, dessen Wert dem Preis entspricht	135
(1)	Verschiedene Schadensgründe	135
(2)	Vermeintlich günstiger Kauf	143
(cc)	Kauf einer Gattungssache	148
b)	Täuschung über den Vertragsschluß als solchen	151
c)	Täuschung über die Günstigkeit des Geschäfts	154
d)	Zusammenstellung zum Betrug beim Kauf einer mangelhaften Speziessache	156
II.	Erlangung einer Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Opfers	157
1.	Erschleichung einer Verfügungslegitimation	158
a)	Erschleichung eines Erbscheins	158
b)	Erschleichung einer unrichtigen Grundbucheintragung	161
c)	Erschleichung einer Gutschrift in den Handelsbüchern einer Firma	162
2.	Erschleichung eines vollstreckbaren Titels (Prozeßbetrug)	164
3.	Erschleichung eines Beweismittels (sog. Beweismittelbetrug)	169
	Zusammenfassung	174

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl I S. 1089)
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen
BB	Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BWL	Betriebswirtschaftslehre
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht, Wochenausgabe
DStR	Deutsches Strafrecht
Festg	Festgabe
Festschr.	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht, zitiert nach Bänden, seit 1953 nach Jahrgängen
GS	Der Gerichtssaal
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
HH	v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung

JMBl NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Krim Abh	Kriminalistische Abhandlungen
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Nds Rpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
Rdn	Randnummer
Recht	Das Recht
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RG-Festg oder RG-Praxis	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen
RGRK	Reichsgerichtsräte - Kommentar zum BGB
RG Rspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RMG	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
Rspr	Rechtsprechung
RStBl	Reichssteuerblatt
ScheckG	Scheckgesetz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
StGB	Strafgesetzbuch
Strafr Abh	Strafrechtliche Abhandlungen
StuW	Steuer und Wirtschaft
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrecht-Sammlung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

Baumann, Jürgen	Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs, Berlin 1956
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch. Beck'sche Kurzkommentare. 16. Aufl. München u. Berlin 1964
Baumbach-Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz, 9. Aufl., München u. Berlin 1967
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung. Beck'sche Kurzkommentare. 30. Auflage. München und Berlin 1970
Berner, Albert Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 13. Aufl. Leipzig 1884
Bertling, Günter	Die Kriminalität im bargeldlosen und bargeldsparenden Zahlungsverkehr. Hamburg 1959 (Schriftenreihe des Bundeskriminalamtes Wiesbaden Heft B 1958)
Binding, Karl	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Band 1, 2. Aufl. Leipzig 1902
Binding, Karl	Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. 1. Band. München u. Leipzig 1915
Binding, Karl	Eine Revolution in der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Betrug. Deutsche Juristen-Zeitung 16 (1911), 554 ff
Bockelmann, Paul	Betrug trotz ausreichender Gläubigersicherung. Neue Juristische Wochenschrift 1961, 145 ff
Bockelmann, Paul	Der Unrechtsgehalt des Betruges. In: Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag. Berlin 1944, S. 226 ff
Bockelmann, Paul	Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht. In: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag. München u. Berlin 1954, S. 363 ff

Bockelmann, Paul	Kriminelle Gefährdung und strafrechtlicher Schutz des Kreditgewerbes. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967), 28 ff
Bockelmann, Paul	Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug. Juristenzeitung 1952, 461 ff
Breit, James	Kommentar zum deutschen Scheckgesetz. I. Teil. Berlin 1929
Brönner, Herbert	Die Bilanz nach Handels- und Steuerrecht. 5. Aufl. Stuttgart 1956
Brüggemann-Würdinger	Handelsgesetzbuch. Großkommentar. Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. 1. Band 3. Aufl. Berlin 1967
Burchardt, Paul	Täuschung und Rechtswidrigkeit beim Kreditbetrug. Berlin u. Leipzig 1937
von Buri, Matthias	Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890. Der Gerichtssaal 44 (1891), 321 ff
von Buri, Matthias	Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. Der Gerichtssaal 40 (1888), 503 ff
von Buri, Matthias	Über die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung. Der Gerichtssaal 41 (1889), 408 ff
von Buri, Matthias	Versuch und Kausalität. Der Gerichtssaal 32 (1880), 321 ff
Cramer, Peter	Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht. Juristische Schulung 1966, 472 ff
Cramer, Peter	Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes. Juristenzeitung 1971, 415 f
Cramer, Peter	Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968
Doerr, Friedrich	Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 3/4. Breslau 1897

Eckstein, Ernst	Strafrechtliche Studien. Der Gerichtssaal 78, 137 ff
Eckstein, Ernst	Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betruge. Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 58, 66 ff u. 338 ff
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung. Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Münster 1962
Erman, Walter	Zu den Rechten des Stückkäufers aus Mängeln der Sache. Juristenzeitung 1960, 41 ff
Eser, Albin	Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden. Goltdammers Archiv für Strafrecht 1962 S. 289 ff
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht. Berlin 1965
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 15. Aufl. Tübingen 1931
Fürst, Reinmar	Bilanzierungsgrundsätze in der Praxis. Essen 1956
Geier	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 29. 7.1960, Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs. § 263 Nr.51
Gerland, Heinrich B.	Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932
Goldschmidt, James	Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 48 (1928), 149 ff
Grünhut, Max	Anmerkung zum Urteil des RG vom 22. Dez. 1925. Juristische Wochenschrift 1926, 1198 zu Nr. 38
Grünhut, Max	Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen. In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Band V. Berlin u. Leipzig 1929 S. 116 ff

Grünwald, Gerald	Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts. Festschrift für Hellmuth Mayer. 1966, S. 281 ff
Gryziecki, Felix	Studien über den strafbaren Betrug. Lemberg 1870
Gutmann, Alexander	Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung. Monatsschrift für Deutsches Recht 1963, 3 ff u. 91 ff
Hälschner, Hugo	Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Bd. 1. Abteilung Bonn 1884
Hagemann	Betrug durch Hingabe ungedeckter Schecks. Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik 1939, 415 ff
Hardwig, Werner	Beiträge zur Lehre vom Betruge. Goltdammers Archiv für Strafrecht 1956 S. 6 ff
Hax, Karl	Die Bilanz der Unternehmung. Juristische Schulung 1964, 132 ff
Heinen, Edmund	Handelsbilanzen. Wiesbaden 1962
Hengsberger	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 18.7.1961. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring Nr. 54 zu § 263
Hertz, Eduard	Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. Hamburg 1880, auch zitiert bei Siebenhaar, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 4 (1884), 250 f
v. Hippel, Robert	Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 47 (1927), 18 ff
Hirschberg, Rudolf	Der Vermögensbegriff im Strafrecht. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte. Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät.Berlin 1934
Keßler, R.	Das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer. Der Gerichtssaal 41 (1889), 161 ff
Köstlin, Reinhold	Abhandlungen aus dem Strafrechte. Tübingen 1858

Koffka, Else	Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 54, 45 ff
Kohler, Josef	Das materielle Recht im Urteil. Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstage. S. 1 ff Wien 1914
Kohlrausch	Anmerkung zum Urteil des RG vom 18. Dezember 1920. Juristische Wochenschrift 1921, 400
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 43. Aufl. Berlin 1961
v. Kries, J.	Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 9 (1889), 528 ff
Kronacher, Alwin	Ist die Zechprellerei Betrug? Diss. Heidelberg-Breslau 1906
Kyll, Wilhelm	Schaden und Schadensausgleich beim strafbaren Betrug. Diss. Rostock 1915
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil u. 2. Bd. Besonderer Teil. 7. Auflage München u. Berlin 1964/ 1965
Leffson, Ulrich	Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung. Düsseldorf 1964
Lehmann, Heinrich	Anmerkung zum Urteil des RG vom 22.8. 1927. Juristische Wochenschrift 1928, 810 f
Lenckner, Theodor	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 18. 7.1961. Neue Juristische Wochenschrift 1962, 59
Lenckner, Theodor	Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug. Juristenzeitung 1971, 320 ff
Lenckner, Theodor	Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers. Monatsschrift für Deutsches Recht 1961, 652 ff

Lenckner, Theodor	Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen. Juristenzeitung 1967, 105 ff
Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927
Mannheim	Anmerkung zum Urteil des BayObLG v. 3. Februar 1925. Juristische Wochenschrift 1925, 1515 f
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. Karlsruhe 1965
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch. 5. Aufl. Karlsruhe 1969
Maurer, Rudi	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9.1. 1953. Neue Juristische Wochenschrift 1953, 1480
Mayer, Albrecht	Zum Betrug durch Hingabe ungedeckter Schecks. Juristenzeitung 1953, 25 f
Mayer, Hellmuth	Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht. Süddeutsche Juristen-Zeitung 1947, 12 ff
Merkel, Adolf	Betrug. v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. Band III Berlin 1874
Merkel, Adolf	Kriminalistische Abhandlungen. Bd. II. Die Lehre vom strafbaren Betruge. Leipzig 1867
Merkel, Johannes	Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Diss. Erlangen 1899
Meyer, Hugo - Allfeld, Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig u. Erlangen 1922
Mezger, Edmund	Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg vom 5.12.1950. Juristenzeitung 1951, 341
Mezger, Edmund	Anmerkung zum Urteil des RG vom 20.2. 1934. Juristische Wochenschrift 1934, 1052
Mezger, Edmund	Anmerkung zum Urteil des RG vom 22.12. 1938. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1939, 203

Mezger-Blei	Strafrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 9. Aufl. München u. Berlin 1966
Michel, Otto	Der strafbare Betrug im Civilprozeß. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Dr. Hans Bennecke. Heft 13. Breslau 1898
Mittelbach	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 29.7.1960. Juristische Rundschau 1961, 69 f
Mittelbach	Anmerkung zum Urteil des BayObLG vom 23.7.1957. Juristische Rundschau 1958, 67 f
Nagler, Johannes	Bezugscheine als Objekt von Vermögensverbrechen. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1941, 294 ff
Naucke, Wolfgang	Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Berlin 1964
Niese, W.	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 25.6. 1952. Neue Juristische Wochenschrift 1952, 1186 f
Niese, W.	Wann ist die Hingabe eines ungedeckten Schecks Betrug? Neue Juristische Wochenschrift 1952, 691 f
Oehler, Dietrich	Liegt beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ein Vermögensschaden im Rahmen des Betruges vor? Goltdammers Archiv für Strafrecht 1956, 161 ff
Olshausen, Justus	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. u. 2. Band. 11. Aufl. Berlin 1927
Oppenhoff, Friedrich	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901
Pagenstecher, Max	Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. 30. Aufl. München 1971
Pröll, Rudolf	Gewinnvereitelung, Vermögensgefährdung und Vollstreckungsabwendung. Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 66 (1919), 124 ff

Quassowski-Albrecht	Scheckgesetz. Berlin 1934
Raape, Leo	Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf. Archiv für die civilistische Praxis 150 (1949), 481 ff
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 11. Aufl. Berlin 1959
Reuter, Fritz	Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Diss. Freiburg 1927
Rommel, Otto	Der Betrug. Strafrechtliche Studie. Leipzig 1894
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-rechts. 9. Aufl. München u. Berlin 1961
Rotering	Aus der Lehre vom Betruge. Gerichts-saal 67, 186 ff
Rotering	Gefahr und Gefährdung im Strafgesetz-buche. Goltdammers Archiv für Straf-recht 31 (1883), 266 ff
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts. Besonderer Teil. Köln u. Berlin 1954
Schmidt, Richard	Grundriß des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1931
Schönfeld, Friedrich	Interesseverletzung und Betrugsschaden, Juristenzeitung 1964, 206 ff
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch. Kommentar. 15. Aufl. München 1970
Schönke-Schröder-Niese	Zivilprozeßrecht. 8. Aufl. Karlsruhe 1956
Schröder, Horst	Anmerkung zum Urteil des KG v. 20.4. 1966. Juristische Rundschau 1966, 393
Schröder, Horst	Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Straf-rechtswissenschaft 1969, 7 ff
Schröder, Horst	Grenzen des Vermögensschadens beim Be-trug. Neue Juristische Wochenschrift 1962, 721 f

Schröder, Horst	Zum Vermögensbegriff bei Betrug und Erpressung. Juristenzeitung 1965, 513 ff
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch. Kurz-Kommentar. 30. Aufl. München 1968
Schweichel, Heinrich	Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 7.11.1967. Juristenzeitung 1968, 340
Seibert, Claus	Zum fahrlässigen Betrug. Neue Juristische Wochenschrift 1956, 1466
Siebenhaar, Hugo	Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikte nach dem Reichsstrafgesetzbuche. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 4 (1884), 245 ff
Simonson-Schweling	Deutsches Scheckgesetz. 2. Aufl. Berlin 1934
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Teil 11. Aufl. Berlin 1955
Stenglein, Melchior	Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Der Gerichtssaal 40 (1888), 81 ff
Traub, Fritz	Betrug durch Veräußerung unterschlagener Sachen an einen gutgläubigen Erwerber. Neue Juristische Wochenschrift 1956,450 ff
Tröndle, Herbert	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Goltdammers Archiv für Strafrecht 1962, 225 ff
Ungemach, Hermann	Ist Vermögensgefährdung eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB? Diss. Gießen 1921
Wachenfeld, Friedrich	Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914
Wachinger	Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Gerichtssaal 102 (1933), 376 ff
Watzka, Viktor	Über die Vermögensgefährdung beim Betrug. Diss. Hamburg 1965

Weigelin, Ernst	Erwerb vom Nichtberechtigten und Unterschlagung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 61 (1942), 291 ff
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 10. Aufl. Berlin 1967
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung. Bd. II Teil 1 Berlin 1967
Wöhe, Günter	Betriebswirtschaftliche Steuerlehre Bd. I. Berlin u. Frankfurt a.M. 1964
Wöhe, Günter	Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 2. Aufl. Berlin u. Frankfurt a.M. 1962

Einleitung und Problemstellung

Das Problem, ob eine Vermögensgefährdung einem Vermögensschaden gleichzustellen und als solcher zu bestrafen ist, stellt sich beim Betrug, § 263 StGB, bei der Untreue, § 266 StGB,und bei der Erpressung, § 253 StGB. "Dem Vermögen eines anderen Nachteil zufügen" in den §§ 253, 266 StGB bedeutet nichts anderes als "das Vermögen eines anderen beschädigen" in § 263 StGB[1]. Da jedoch die Literatur die Streitfrage im wesentlichen an Hand des Betruges abhandelt und sich die Rechtsprechung mit diesem Problem hauptsächlich in Urteilen zu § 263 StGB zu beschäftigen hatte, soll auch in dieser Arbeit der Tatbestand des Betruges die Grundlage für einen Lösungsversuch der Frage bilden.

Das Problem ist nicht neu. Insbesondere in den Jahren von 1875 bis 1935 finden sich zahlreiche Urteile und in der Literatur eine Fülle von ausführlichen Erörterungen zu diesem Thema. Im wesentlichen herrschte die Meinung vor, daß unter Umständen schon eine bloße Gefährdung des Vermögens als Vermögensschaden anzusehen sei. Diese Ansicht kann auch heute als herrschend bezeichnet werden. Sie birgt jedoch die Gefahr in sich, den § 263 StGB auf Kosten des § 43 StGB auszudehnen und viele Verhaltensweisen eines Täters schon als vollendeten Betrug zu bestrafen, die in Wahrheit nur zu der typischen Situation des Versuchs geführt haben. Die bisher herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien zwischen Vollendung und Versuch erfüllen ihren Zweck größtenteils nicht. Deshalb soll in dieser Arbeit noch einmal zu der Problematik dieser Fragen Stellung genommen und speziell auf einige häufig vorkommende Betrugsfälle eingegangen werden, in denen eine Gefährdungssituation besteht.

---

1) Hirschberg S. 284 u. 337 Anm. 18; Grünhut RG - Festg. V S. 123; Schönke-Schröder § 253 Rdn. 9, § 266 Rdn. 40; Maurach § 39 II A3, § 37 II A2e; RGSt 73, 285; BGH St 15, 343; Bockelmann ZStW 1967, 55; Lenckner JZ 1967, 105; OLG Hamburg JZ 1967, 130 m.w.N.; a.A. Naucke S.116 Fußn. 96; Mayer: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, S. 153.

Um festzustellen, ob die Herbeiführung einer Vermögensgefährdung als eine Beschädigung fremden Vermögens zu bestrafen ist, muß zunächst definiert werden, was Vermögen, Vermögensschaden und Vermögensgefährdung ist, in welchem Verhältnis Schaden und Gefährdung zueinander stehen und auf welche Weise sowie auf welchen Zeitpunkt bezogen das Vorliegen eines Schadens oder einer Gefährdung festgestellt werden muß.

1. Abschnitt

Definition des Vermögens, des Vermögensschadens und der Vermögensgefährdung

I. Vermögen

Der Streit, wie der Begriff "Vermögen" in § 263 StGB zu definieren sei, ist alt. Im wesentlichen gibt es vier Theorien: 1) die juristische Vermögenstheorie, 2) die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre, 3) die wirtschaftliche Vermögenstheorie und 4) die personale Vermögenstheorie. Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht auf alle Einzelheiten des Theorienstreits eingegangen werden. Ein kurzer Überblick unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensgefährdung in den verschiedenen Vermögenstheorien muß genügen.

1. Juristische Vermögenstheorie

Die Vertreter eines rein juristischen Vermögensbegriffes sind vor allem Binding[1], Köstlin[2], Rotering[3], Ger-

1) Binding LB I S. 238 u. 341 ff; Binding Abh. I. S. 464; Binding DJZ 16 (1911) S. 559.

2) Köstlin S. 152, 157.

3) Rotering GS 67, 215.

land[1], Gryziecki[2] und A. Merkel[3]. Sie verstehen unter "Vermögen" die Summe aller Vermögensrechte und -pflichten derselben Person[4]. Nur einem oder mehreren bestimmten davon könne der betrügerische Angriff gelten[5]. Das jeweilige Vermögensrecht brauche keinen Geldwert zu besitzen[6]. Zwar sei ein Vermögensschaden meist auch ein wirtschaftlicher, allein nötig sei dies nicht: die wirtschaftliche Schädigung allein reiche nicht aus, und ihr Fehlen hebe den juristischen Schaden nicht auf[7]. Entscheidend für die Zugehörigkeit eines Objekts zum Vermögen einer Person sei allein, ob die Person ein Recht auf dieses Objekt habe. Denn nur Rechte, nicht bloße Prätentionen oder faktische Zustände, welche einer rechtlichen Anerkennung nicht teilhaftig sind, könnten als Angriffsobjekte des Betruges gelten[8].

Nach dieser juristischen Vermögenstheorie kann eine bloße Gefährdung nicht als Vermögensbeschädigung aufgefaßt werden, da auch bei der Gefährdung eines Rechtes sein formaler Bestand intakt bleibt[9]. Binding, der diese Ansicht grundsätzlich vertritt, will jedoch für die Zechprellerei und die Stundung eine Ausnahme machen. Er meint, der Wirt, der mit dem Zechenden ein Zug-um-Zug-Geschäft schließe und nicht sofortige Bezahlung erhalte, sei rechtlich geschädigt, denn ihm werde der Zeit nach nicht gegeben, was

---

1) Gerland § 153 I 1; S. 560 f u. § 166 II 4 b, S. 637.

2) Gryziecki S. 32 ff.

3) A. Merkel Krim Abh. S. 101; A. Merkel HH III S. 759, 763.

4) Binding LB S. 341.

5) Binding LB S. 342.

6) Binding LB S. 343; Gerland S. 561 u. 637.

7) Binding LB S. 356.

8) A. Merkel Krim Abh. S. 101.

9) Binding LB I S. 360.

er zu fordern habe, auch wenn der Preller Willen und Mittel habe, den Wirt später zu befriedigen[1]. Diese Auffassung Bindings muß man wohl dahingehend auslegen, daß der Wirt ein Recht auf sofortige Bezahlung habe und daß dieses Vermögensrecht "der Zeit nach" beschädigt werde, wenn der Zechende später zahle.

Ähnlich muß die Ansicht interpretiert werden, wer sich durch Täuschung des Gläubigers die Stundung seiner Schuld erschleiche, erwerbe damit auf Kosten des Gläubigers einen Vorteil, auf den er kein Recht habe; der Schaden des Gläubigers bestehe in der Aufgabe eines fälligen Rechtes gegen einen ganz oder teilweise solventen Schuldner[2]. Binding sieht hier offenbar in dem weiteren Hinausschieben der Fälligkeit, in dem Verzicht auf das Recht, die Schuld z.Zt. der Stundung zu fordern, einen rechtlichen Nachteil und damit einen Vermögensschaden.

Merkel will eine Gefährdung von Vermögensrechten nicht als Betrug ansehen, einmal, weil der Täter keinen Schädigungs- und Bereicherungsvorsatz, auch keinen dolus eventualis, habe[3], zum anderen, weil der eigentliche materielle Verlust des Getäuschten nicht als unmittelbares Produkt seines Irrtums erscheine, sondern entweder durch einen weiteren rechtswidrigen Akt des Täuschenden oder durch ein beim Abschluß des Geschäftes nicht vorausgesehenes ungünstiges Ereignis herbeigeführt werde[4].

---

1) Binding LB I S. 361.

2) Binding LB I S. 361 Anm. 3.

3) A. Merkel Krim. Abh. S. 124 f, 242; A. Merkel HH III S. 762 f.

4) A. Merkel Krim. Abh. S. 242.

2. Wirtschaftliche Vermögenstheorie

Im Gegensatz zu der juristischen Vermögenstheorie sieht die wirtschaftliche Vermögenstheorie das entscheidende Kriterium für die Zugehörigkeit zum Vermögen i.S.d. § 263 nicht in dem rechtlichen Bestand bzw. der rechtlichen Zuordnung eines Objekts, sondern in dessen wirtschaftlichem Wert. Ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur werden alle Positionen dem Vermögen zugerechnet, denen im Wirtschaftsleben ein Wert beigemessen wird. Das Vermögen wird in Rechtsprechung[1] und dem größten Teil der Literatur[2] definiert als "Summe (bzw. Inbegriff oder Gesamtheit) der geldwerten (bzw. wirtschaftlichen) Güter einer Person". In anderen Entscheidungen, in denen diese Definition sich nicht findet, wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß der wirtschaftlichen Vermögenstheorie gefolgt werde[3].

Diese wirtschaftliche Vermögenstheorie hat keine Schwierigkeiten, die bloße Gefährdung von Vermögenswerten als Vermögensschaden anzusehen, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine wertmäßige Verschlechterung der Vermögenslage bedeutet. Unter dieser Voraussetzung betrachten alle Vertreter der wirtschaftlichen Vermögenstheorie eine Vermögensgefährdung als ausreichend für die Vollendung des Betrugstatbestandes.

---

1) BGHSt 3, 102; 16, 221; BGH NJW 1952, 1063; RGSt 44, 233; 50, 279; OLG Hamburg NJW 1962, 1408 und JZ 1967, 130; KG JR 1966, 392; 1. Referent GS 43 (1890), 366.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 58; Jagusch LK Bem. II 1 b vor § 249; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 A; Maurach BT § 38 II B4b; Grünhut RG-Festg. V S. 118; Olshausen § 263 Nr. 18 I; Doerr S. 19; Reuter S. 10; J. Merkel S. 16; Wachenfeld LB § 104 I 1 S. 402; Meyer-Allfeld § 105 V S. 474.

3) BGH St 1, 264; 2, 367; 15, 344; RGSt 16, 3; 48, 189; 66, 337; 73, 270; OGHSt 2, 201 u. 261; OLG Oldenburg Nds Rpfl 1947, 42; OLG Düsseldorf MDR 1947, 268.

3. Juristisch-ökonomische Vermittlungslehre

Die sogenannte juristisch-ökonomische Vermittlungslehre steht nicht in der Mitte zwischen der juristischen und wirtschaftlichen Vermögenstheorie, sondern faßt, wie die letztere, das Vermögen ökonomisch auf und schränkt den wirtschaftlichen Vermögensbegriff durch rechtliche Gesichtspunkte ein. Es finden sich folgende Definitionen des Vermögens: "Summe (oder Inbegriff) der jemandem unter dem Schutze der Rechtsordnung - ohne Mißbilligung durch die Rechtsordnung - zu Gebote stehenden wirtschaftlichen Werte"[1] - "Inbegriff der geldwerten Güter, die einer Person gehören oder über die sie rechtlich im eigenen Interesse verfügt"[2] - "Zusammensetzung aus subjektiven Rechten und wirtschaftlichen Rechtsgütern, bei denen zu dem wirtschaftlichen Wert noch die rechtliche Verfügungsbefugnis hinzutreten und darum eine wirkliche Rechtsposition gegeben sein muß"[3] - "Wirtschaftliche Belange einer Person, die unter dem Schutz der Rechtsordnung betätigt oder in einem geordneten Verfahren verwirklicht werden können"[4] - "Inbegriff der rechtlich anerkannten wirtschaftlichen Werte einer Rechtspersönlichkeit"[5] - und ähnliche[6]. Zum Vermögen gehören nach dieser Auffassung also nur diejenigen Werte, die den Schutz der Rechtsordnung genießen bzw. rechtlich anerkannt sind. Die juristisch-ökonomische Vermittlungslehre sieht in einer Vermögensgefährdung ebenso wie die rein wirtschaftliche Theorie unter den obengenannten Voraussetzungen eine Vermögensbeschädigung.

---

1) Lenckner JZ 1967, 107 insb. Anm. 13; Kohlrausch-Lange § 263 V 1; Welzel LB § 54 I 4 a S. 351; Gutmann MDR 1963, 5.

2) Frank § 263 V; Ungemach S. 18.

3) Nagler ZAk DR 1941, 294 ff.

4) RGSt 66, 285.

5) Sauer BT § 7 II 3a S. 85.

6) Lenckner JZ 1967, 105 ff; Cramer JuS 1966, 474 f.

4. Personale Vermögenstheorie

Der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre steht die von Bockelmann[1] und Hardwig[2] vertretene personale Vermögenstheorie nahe. Diese personale Vermögenstheorie geht vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus, trifft rechtliche Einschränkungen und bestimmt vom Standpunkt der jeweiligen Person aus die Grenzen des Vermögens und die Zugehörigkeit von Objekten zum Vermögen. Nach dieser Theorie ist Vermögen all das, dessen der Mensch in der Gemeinschaft bedarf, um so wie seinesgleichen zu leben, wirken und sich entfalten zu können. Der Vermögensbegriff bezieht sich auf wirtschaftliches Handeln und bleibt in rechtliche Schranken gefaßt. Vermögen ist die Gesamtheit dessen, woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubtermaßen wirkt[3].

Da auch diese Theorie in ihrer Grundkonzeption wirtschaftlich ist, sieht auch sie eine Vermögensgefährdung als ausreichend für die Annahme einer Vermögensbeschädigung an.

5. Stellungnahme

Gegen die juristische Vermögenstheorie ist zu sagen, daß sie einerseits zu eng, andererseits zu weit ist, um den Erfordernissen des heutigen Wirtschaftslebens zu genügen. Da sie den Vermögensschutz nur auf Rechte beschränkt,

---

1) Bockelmann, Kohlrausch-Festschr. S. 248; Bockelmann JZ 1952, 464; Bockelmann, Mezger-Festschr. S. 378.

2) Hardwig GA 1956, 18.

3) Bockelmann, Kohlrausch-Festschr. S. 248.

kann sie Positionen, die im Wirtschaftsleben erhebliche Werte darstellen, jedoch keinen Rechtscharakter tragen, wie z.B. Besitz, Arbeitskraft, Kundschaft eines Gewerbetreibenden, Klientel eines Anwalts, wirtschaftlich sichere Anwartschaften usw. nicht als Vermögensbestandteile anerkennen. Der Vermögensbegriff ist aber in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens. Vermögen ist wirtschaftliche Macht, d.h. alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat[1], und auch nur das. Demgegenüber werden von der juristischen Vermögenslehre, da für diese nur der Rechtsbestand ausschlaggebend ist, Rechte zum Vermögen gezählt und unter Strafrechtsschutz gestellt, die keinerlei wirtschaftlichen Wert, sondern allenfalls Affektionswert haben wie die oft erwähnte Locke eines Verstorbenen oder ein persönlicher Brief.

Die juristische Vermögenstheorie verwischt die Grenze zwischen schädigendem, belastendem, unwillkommenem und bloß irrtumskausalem Geschäft[2]. Sie macht aus dem Betrug ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit. Außerdem wird sie den Anforderungen des Wirtschaftslebens nicht gerecht, da sie ökonomisch wertvolle Positionen ohne Strafrechtsschutz läßt.

Da dieser Theorie nicht gefolgt werden kann, bleibt die Frage offen, ob eine Vermögensgefährdung schon einen Vermögensschaden darstellen kann. Die drei übrigen Theorien betrachten diese Möglichkeit generell als gegeben. Deshalb ist eine Entscheidung für eine dieser Theorien für die Beantwortung der hier zu erörternden Frage nicht nötig. Der Einfachheit halber soll in dieser Arbeit unter "Vermögen" die Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person verstanden werden.

---

1) Ungemach S. 9.

2) Maurach BT § 38 II B 4a 2b.

II. Vermögensschaden

1. Begriff

Der Begriff des Vermögensschadens ist abhängig vom Vermögensbegriff. So sieht die juristische Vermögenstheorie folgerichtig einen Vermögensschaden nur in der Verminderung, Entziehung oder Schädigung von bestimmten Vermögensrechten[1]. Die wirtschaftliche Vermögenstheorie, der hier gefolgt wird, definiert den Vermögensschaden als "Verminderung des Gesamtgeldwertes des Vermögens"[2].

Dieser Vermögensschaden ist der Enderfolg einer Kausalkette: Der Täter verursacht durch eine Täuschung einen Irrtum, dieser Irrtum ist kausal für eine Vermögensverfügung des Getäuschten, diese Vermögensverfügung hat den Vermögensschaden zur Folge. Der Vermögensschaden besteht in der nachteiligen Differenz zwischen dem Geldwert, den das Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte, und demjenigen Geldwerte, den es gehabt hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre[3]. Bei der Schadensfeststellung wird also untersucht, ob im gegenwärtigen Zeitpunkt mit Gewißheit eine Vermögensminderung konstatiert werden kann.

---

1) Binding Abh. I S. 465; Binding LB BT 1. Bd. S. 352; A. Merkel Krim. Abh. S. 101.

2) BGHSt 3, 102; 16, 221; RGSt 16, 3 u. 163; 42, 61; 74, 129; BayObLG MDR 1962, 70; OLG Hamburg NJW 1962, 1408; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 72; Kohlrausch-Lange § 263 V 2; Frank § 263 V 4; Olshausen § 263 Nr. 18 I; Welzel LB § 54 I 4 b S. 353; Wachenfeld LB § 104 I 1 S. 402 f.; Meyer-Allfeld § 105 V, S. 474; RG HRR 1940 Nr. 1270; RG GA 37, 294.

3) RGSt 16, 3 u. 163; BGH NJW 1964, 874; Maurach BT § 38 II B 4 c bb; Kohlrausch-Lange § 263 V 2; BGHSt 16, 221; 1. Referent GS 43, 366 u. 370; RG HRR 1940 Nr. 1270.

2. Schadensfeststellung

a) Methode

Für die Schadensfeststellung ist der Gesamterfolg, die Gesamtheit der Wirkungen der Verfügung heranzuziehen. Hat der Getäuschte durch die Verfügung Bestandteile seines Vermögens weggegeben und dafür vom Täter Gegenwerte erhalten, so liegt ein Schaden nur dann vor, wenn die in der Leistung des Getäuschten liegende Vermögensminderung nicht durch die erlangten Gegenwerte ausgeglichen wird. Es herrscht also der Grundsatz der Gesamtvermögenssaldierung.

Gegenwerte, die als Ausgleich für die Weggabe von Vermögensbestandteilen den Schadenseintritt verhindern, können nur vertragliche Äquivalente sein, z.B. Waren und vertragliche Ansprüche, aber auch, wie an späterer Stelle noch zu erörtern sein wird, Gewährleistungsrechte[1] und Anfechtungsrechte, diese aber nur, so lange der Getäuschte mit ihrer Hilfe ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen und dadurch den Schadenseintritt abwenden kann.

Gesetzliche Ansprüche, die dem Betroffenen gegen den Täter wegen der eingetretenen Schädigung zustehen, sind nicht als Äquivalent zu berücksichtigen. Derartige gesetzliche Ansprüche sind insbesondere: die Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 326 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 826 BGB sowie der Bereicherungsanspruch der §§ 812, 814 BGB[2].

---

1) Lenckner MDR 1961, 652; Lenckner NJW 1962, 59; Gutmann MDR 1963, 93; a.A. bez. Gewährleistungsrechte: Schönke-Schröder § 263 Rdn. 78; Maurach BT § 38 II B 4 c) cc) m.w.N.; Liszt-Schmidt § 139 II 1; Kyll S. 23 f.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 78; Olshausen § 263 Nr. 22 I A; Meyer-Allfeld S. 476 Anm. 40; Kyll S. 23 f.

b) Zeitpunkt

Für die Feststellung, ob ein Vermögensschaden vorliegt, ist es von besonderer Wichtigkeit, zu welchem Zeitpunkt die Gesamtvermögenssaldierung vorgenommen werden kann bzw. muß. Die wohl ganz überwiegende Meinung[1] steht auf dem Standpunkt, daß unmittelbar nach der Verfügung des Getäuschten eine nachteilige Vermögensdifferenz gegenüber dem Vermögensstand vor der Verfügung festgestellt werden müsse. Die spätere Entwicklung - mag sie den Schaden erst effektiv herbeiführen oder einen Schaden endgültig nicht eintreten lassen - soll außer Betracht bleiben. Die Frage, ob dieses Unmittelbarkeitsprinzip zwingend, notwendig oder sinnvoll ist oder ob darauf verzichtet werden kann oder soll, wird an späterer Stelle eingehend erörtert werden. An dieser Stelle mag nur so viel zu dem Verhältnis zwischen Verfügung und Schaden festgehalten werden: Die Vermögensverfügung ist ursächlich für den Schaden. Der Schaden tritt zeitlich nach der Verfügung ein.

c) Maßstab

Der Maßstab für die Feststellung einer Wertdifferenz von Leistung und Gegenleistung bei der Gesamtsaldierung ist ein objektiv-wirtschaftlicher. Jedoch erhält die Schadensberechnung einen subjektiven Einschlag dadurch, daß die besonderen Verhältnisse des Geschädigten berücksichtigt werden müssen[2]. Der Schaden wird jeweils objektiv-individuell festgestellt.

---

1) statt vieler:
Schönke-Schröder § 263 Rdn. 98; Jagusch LK Bem. III 3 vor § 249.

2) BGH St 16, 221 u. 325 f; BGH NJW 1968, 903; RGSt 4, 119; 5, 140; 9, 364; 16, 8; 23, 435; 49, 23; RG JW 1927, 1693 Nr. 22; KG JR 1966, 392; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Jagusch LK Bem. III 2 a vor § 249; Kohlrausch-Lange § 263 V 2; Liszt-Schmidt § 139 S. 669; Gutmann MDR 1963, 92; Grünhut RG-Festg. V S.121; Olshausen § 263 Nr. 22 I

Das bedeutet, daß Leistung und Gegenleistung so zu bewerten sind, wie das im Verkehr effektiv geschieht. Maßgebend ist die vernünftige Bewertung eines unparteiischen, sachkundigen und völlig unterrichteten Beobachters[1]. Es ist nicht entscheidend, ob der Betroffene sich wirtschaftlich geschädigt fühlt, weil er die Gegenleistung geringer einschätzt als den Wert seiner eigenen Leistung[2].

Jedoch können die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen nicht außer acht gelassen werden. Es ist nun einmal so, daß sich das Vermögen jedes einzelnen von dem anderer Personen nach seinen Bestandteilen, deren Benutzbarkeit und der tatsächlich stattfindenden Benutzungsart unterscheidet. Die tatsächliche Benutzungsart wird nicht nur durch die Beschaffenheit des Vermögens selbst, sondern auch durch die persönlichen Eigenschaften des Vermögensinhabers, seinen Beruf, seine Bedürfnisse und die von ihm speziell verfolgten Vermögenszwecke bedingt[3]. Die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung eingetreten ist oder nicht, richtet sich streng nach der Individualität des gegebenen konkreten Falles. Die meisten Gegenstände haben nicht für alle Menschen den gleichen Vermögenswert, weil sie wegen der Verschiedenheit der Lebensverhältnisse nicht für alle Menschen gleich brauchbar sind, insbesondere dann nicht, wenn sie erworben werden, um sie zu gebrauchen oder zu verbrauchen, unter Umständen auch dann nicht, wenn sie erworben werden, um sie weiter zu veräußern[4]. Deshalb kann ein Schaden auch dann vorliegen, wenn der Getäuschte für

---

1) BGH St 16, 222 u. 326; BGH NJW 1968, 903; KG JR 1966, 392; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; RGSt 76, 49, 51; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Jagusch LK Bem. III 2 a vor § 249.

2) BGH St 16, 221 f m.w.N.; OLG Hamm JMBl NRW 1964, 32.

3) RGSt 16, 6; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258

4) BGHSt 16, 222 u. 325 f; RGSt 16, 7.

sein Geld eine Leistung erhält, die generell gesehen den gezahlten Preis zwar wert ist, für die er jedoch keine oder nur eine geringe Verwendungsmöglichkeit hat oder die sonst auf Grund seiner besonderen Bedürfnisse und Verhältnisse nicht vollwertig ist[1].

Bei der individuellen Schadensberechnung liegt nun allerdings die Gefahr nahe, daß das Erfordernis eines Vermögensschadens für die Feststellung, ob ein Betrug vorliegt, außer acht gelassen wird und eine Täuschung, auf Grund deren der Betroffene anders über sein Vermögen disponiert hat, als er es ohne die Täuschung getan haben würde, als ausreichend für das Vorliegen eines vollendeten Betruges betrachtet wird, weil der Getäuschte für sein Geld einen Gegenwert erhalten hat, den er gar nicht haben wollte. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern nur die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar[2]. Der Betrug ist nun einmal ein Delikt, das sich gegen das Vermögen richtet, nicht auch gegen die Dispositionsfreiheit[3] oder die Wahrheit oder das Vertrauen im Geschäftsverkehr. Die Dispositionsfreiheit als solche ist allgemein nur gegen Gewalt und Drohung durch § 240 StGB strafrechtlich geschützt, nicht aber auch gegen Täuschung.

Wenn also festgestellt wird, daß der Gegenwert dem von dem Getäuschten gezahlten Preis entspricht, für ihn aber für den vertraglich vorausgesetzten Zweck oder überhaupt unbrauchbar ist und damit für seine persönlichen Verhältnisse kein volles wirtschaftliches Äquivalent darstellt,

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Grünhut RG-Festg. V S. 122.

2) BGHSt 3, 99; RGSt 74, 167 ff; OLG Hamm NJW 1968, 903; OLG Köln JMBl NRW 1966, 211; Ungemach S. 22.

3) BGHSt 3, 102; 16, 221 u. 325; RGSt 16, 4; KG JR 1966, 392; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 1; Schröder NJW 1962, 722; Maurach BT § 38 I C 1; Welzel § 54 vor I, S. 347 u. I 4 b S. 353; Gutmann MDR 1963, 3; Bockelmann NJW 1961, 147; a.A.: RGSt 76, 52.

so bedeutet das noch nicht in jedem Fall, daß ein Vermögensschaden vorliegt. Wenn jemand ein Äquivalent erhält, das seinen Preis wert ist, das er aber nicht haben wollte und für das er keine oder nur geringe Verwendungsmöglichkeit hat, so ist der Geldwert oder Tauschwert als Äquivalent zu berücksichtigen, den der Betreffende bei Verkauf der Gegenleistung erhalten würde[1].

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, daß nur relativ wenige Gegenstände - z.B. antiquarische Bücher, Wertpapiere, Schmuck, echte Gemälde usw. - zum vollen Wert weiterverkäuflich sind. Die meisten Gegenstände können nur als "gebraucht" mit Verlust weiterveräußert werden.

Entscheidend ist also, ob die erworbene Sache nur mit Schwierigkeiten, Unzuträglichkeiten und Verlust oder ob sie sofort ohne größere Mühe und Schwierigkeit, ohne besonderen Aufwand und ohne Einbuße für einen ihrem Wert entsprechenden Preis veräußert werden kann[2] und ob dies dem Betroffenen persönlich zumutbar ist. Dem Getäuschten ist eine Änderung seiner Vermögenszwecke, um sich die unbrauchbare Sache brauchbar zu machen, jedenfalls nicht zuzumuten[3].

Nach diesen Überlegungen kann also der Vermögensschaden nach objektiv-individuellen Gesichtspunkten durch eine Gesamtvermögenssaldierung berechnet und darum mit absoluter Gewißheit festgestellt werden. Der Schaden ergibt sich aus in der Vergangenheit liegenden Ereignissen und besteht in der Gegenwart, ohne daß bisher zukünftige Ereignisse für die Schadensfeststellung berücksichtigt zu werden brauchten.

---

1) RGSt 16, 8 f; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87 b; Kyll S. 18.

2) RGSt 4, 119; 9, 364; 16, 9; 23, 436; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Welzel § 54 I 4 b; Ungemach S. 23; Olshausen § 263 Nr. 22 I C b; Liszt-Schmidt § 139 S. 669; Kyll S. 18; Stenglein GS 40, 113.

3) RGSt 23, 435; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Stenglein GS 40, 110.

III. Vermögensgefährdung

1. Subjektive Theorie

Zu der Frage, was unter einer "Gefahr" zu verstehen sei, standen sich um 1900 eine subjektive und eine objektive Theorie gegenüber. Die subjektive Theorie, deren Hauptvertreter von Buri war, kam zu der Feststellung, einen objektiven Zustand der Gefahr gebe es nicht[1]. Eine Gefahr bestehe immer nur in der Einbildung der Menschen als deren subjektive Schlußfolgerung[2]. Eine Handlung, durch welche regelmäßig eine Verletzung verursacht werde, trete deshalb noch nicht im konkreten Fall als gefährliche Handlung auf[3]. Denn wenn eine im konkreten Falle vorgenommene Handlung einen bestimmten Erfolg nicht herbeigeführt habe, könne auch von einer konkret vorliegenden objektiven Möglichkeit, den Erfolg herbeizuführen, keine Rede sein[4]. Die gegenwärtige schlechte Beschaffenheit eines Objekts könne den gegenwärtigen Zustand der Gefahr noch nicht enthalten, da sich die Beschaffenheit stets noch weiter verschlechtern müsse, bevor die Verletzung eintreten könne, so daß schließlich Gefahr und Verletzung zusammenfallen würden. Da es nicht der gegenwärtige, sondern der zukünftige Zustand des Objekts sei, der den Eintritt der Verletzung ermögliche, könne auch die Gefahr kein gegenwärtiger objektiver Zustand sein[5].

---

1) von Buri GS 40, 503 ff, insb. 509 ff; ders. GS 41, 416 ff und GS 44, 321 ff; Hertz S. 74 ff; Finger, Festg. f. Frank S. 237.

2) v. Buri GS 44, 324; Hertz S. 77.

3) v. Buri GS 40, 509.

4) v. Buri GS 41, 417 f; Hertz S. 74.

5) v. Buri GS 44, 324.

In die Richtung der subjektiven Theorie tendieren auch einige frühe Entscheidungen des Reichsgerichts[1]. Sie ziehen folgenden Schluß: Wenn eine Handlung im konkreten Falle das Rechtsgut nicht verletzt habe, so beweise dies unwiderleglich, daß sie es im konkreten Falle nicht verletzen konnte. War die Handlung letztlich nicht imstande, eine Verletzung herbeizuführen, so sei durch sie das Rechtsgut objektiv nicht gefährdet gewesen.

Für diese Ansicht kann es konsequenterweise das Problem, ob eine Vermögensgefährdung schon einem Vermögensschaden gleichzuachten sei, nicht geben. Denn daß zuvor eine Vermögensgefährdung bestanden hat, kann nach dieser Theorie nur festgestellt werden, wenn der Schaden eingetreten ist. Dann aber besteht ohnehin kein Zweifel mehr an der Vollendung des Betrugstatbestandes.

Der subjektiven Theorie kann nicht gefolgt werden. Ihr zufolge könnte es nämlich überhaupt keine Gefährdungsdelikte geben. Denn wenn ein Schaden eintritt, ist das Gefährdungsdelikt gegenüber dem Verletzungsdelikt subsidiär. Tritt der Schaden jedoch nicht ein, so soll nach der subjektiven Theorie bewiesen sein, daß eine Gefährdung nie vorgelegen hat[2]. Steht noch nicht endgültig fest, ob ein Schaden eintreten wird, so ist nach dieser Theorie nicht feststellbar, ob eine Gefährdung vorliegt. Gefährdungsdelikte sind jedoch im Strafgesetzbuch normiert, und zwar in den §§ 310 a, 311, 312, 313, 314, 315, 315a, 315b, 315c, 321, 330 StGB.

Da das StGB den Begriff der Gefahr kennt, muß diese Gefahr auch objektiv feststellbar sein, unabhängig davon, ob ein Schaden eintritt oder nicht. Das Bestehen einer Gefahr kann nicht ex post beurteilt werden. Wenn die Laune des

---

1) RGSt 1, 442; 8, 202.

2) Keßler GS 41, 190.

Zufalls wider alles vernünftige Erwarten den in der Mehrheit gleichartiger Fälle erfolgenden Eintritt einer Verletzung verhindert hat, kann man nicht sagen, eine Gefährdung sei überhaupt nicht vorhanden gewesen, da ja der Nichteintritt des befürchteten Ereignisses die Grundlosigkeit der subjektiven Befürchtungen erweise[1]. Das Gesetz verbietet Gefährdungen auch nicht etwa, weil die von einer Gefahr Bedrohten in ihrer Einbildung subjektiv Angst empfinden - die subjektive Theorie läßt die Gefahr vor Verletzungseintritt nur in der Einbildung der Menschen bestehen! - sondern weil viele dieser gefährdenden Handlungen nicht ohne Erfolg bleiben[2].

2. Objektive Theorie

Es ist daher der objektiven Theorie zu folgen. Sie war im damaligen Theorienstreit[3] überwiegend und kann heute als absolut herrschend bezeichnet werden[4].

Danach ist unter "Gefahr" die objektiv feststellbare Möglichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts zu verstehen. Für das Vorliegen einer Gefahr sind nicht die subjektiven Empfindungen des Täters oder des Betroffenen entscheidend. Deren irrige Annahme einer Gefahr vermag eine Gefahr nicht zu begründen, ihr Nichtkennen einer Gefahr

---

1) Siebenhaar ZStW 4 (1884), 252.

2) Rotering GA 31 (1883), 269.

3) RGSt 6, 397; 10, 176; 14, 137; 29, 246; 30, 179; 61, 364; 66, 100; RG Rspr. 6, 100 u. 190; 7, 120; 10, 594; Frank § 1 II 1; Olshausen § 52 Nr. 7; Liszt-Schmidt § 28 III; v. Kries ZStW 9 (1889), 533; Siebenhaar ZStW 4 (1884), 248; Ungemach S. 46; Rotering GA 31 (1883), 286; Keßler GS 41, 190.

4) BGHSt 3, 72; 8, 31; 13, 70; 18, 272; BGH VRS 11, 62; 13, 205 u. 361; 14, 185; 16, 131 u. 448 u. 452; BGH NJW 1968, 1245; OLG Bremen VRS 23, 98; KG VRS 3, 275; BayObLG VRS 23, 379 f; OLG Braunschweig VRS 21, 364; Schönke-Schröder Vorbem. § 306 Rdn. 4; Jagusch LK § 52 Anm. 3 b aa; Maurach AT § 27 II 3; Welzel § 9 III 4.

kann diese nicht ausschließen[1]. Ausschlaggebend für die Feststellung, ob eine Gefahr vorliegt, ist vielmehr das vernünftige, sachkundige, auf allgemeiner menschlicher Lebenserfahrung beruhende und durch dieselbe geschulte Urteil eines geistig ausgebildeten Durchschnittsmenschen, der alle eventuell gefahrbegründenden Umstände kennt und nach den Gesetzen der Verursachungslehre bewertet[2]. Das Urteil über das Vorliegen einer Gefahr wird also ex ante in vorausschauender Betrachtungsweise auf Grund des menschlichen Erfahrungswissens und damit in generalisierender ex-post-Betrachtung gefällt. Der Beurteilende hat das Geschehen in seiner Entwicklung zu betrachten und nachzuempfinden, wie die Lage sich zugespitzt hat[3].

3. Notwendiger Intensitätsgrad der Gefährdung

Über den Intensitätsgrad, den die Möglichkeit zukünftigen Schadenseintritts haben muß, sind die Meinungen geteilt. Einig ist man sich nur darüber, daß für das Vorhandensein einer Gefahr im strafrechtlichen Sinne nicht jede noch so entfernte Möglichkeit künftigen Schadens genügt. Viele Handlungen und Zustände bergen latent eine gewisse Gefahr in sich, ohne daß diese Gefahr strafrechtlich beachtet werden müßte. Gewisse Gefahren müssen eben in Kauf genommen werden. Erst die Herbeiführung einer nahen Möglichkeit des Schadenseintritts ist strafrechtlich verboten.

---

1) Maurach AT § 27 II 3.

2) Vgl. Siebenhaar ZStW 4 (1884), 249; Schönke-Schröder Vorbem. § 306 Rdn. 4; Jagusch LK § 52 Anm. 3 b aa; Maurach AT § 27 II 3; Welzel § 9 III 4; Schröder ZStW 1969, 9.

3) Schönke-Schröder Vorbem. § 306 Rdn. 4; Maurach AT § 27 II 3; BGH VRS 16, 448; OLG Braunschweig VRS 21, 364.

Eine Mindermeinung[1] nimmt an, Gefahr sei ein Zustand, in dem die naheliegende Möglichkeit und damit die begründete Besorgnis des Eintritts einer Verletzung gegeben sei, ohne daß darum eine Verdichtung dieser Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit verlangt werden müßte. Die Vertreter dieser Meinung scheinen jedoch den Begriff der "Wahrscheinlichkeit" sehr einzuengen. Olshausen[2] spricht von naher Möglichkeit, die noch nicht Wahrscheinlichkeit sein soll, "wenn das Übergewicht der vor der Verletzung schützenden Kräfte über die auf die Verletzung zustrebenden Kräfte zu schwinden beginnt". Demnach soll offenbar nur eine "nahe Möglichkeit", aber noch keine Wahrscheinlichkeit bestehen, wenn die Chance für den Eintritt des Schadens größer ist als für den Nichteintritt, die Chancen also 50 % übersteigen.

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung[3] und Literatur[4] setzt die naheliegende Möglichkeit einer Verletzung mit der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gleich bzw. sieht eine Gefahr dann als strafrechtlich relevant an, wenn der Eintritt des Schadens mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dieser Meinung ist zuzustimmen. Ein Unterschied besteht zwar zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, nicht aber zwischen naher Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit. Wenn die die Verletzung fördernden Kräfte die die Verletzung hindernden Kräfte übersteigen, wird man in den meisten Fällen von einer Wahrscheinlichkeit der Verletzung sprechen können.

---

1) Olshausen § 52 Nr. 7; Frank § 1 II 1; Rotering GA 31 (1883), 268.

2) Olshausen § 52 Nr. 7.

3) RGSt 6, 397; 10, 176; 14, 137; 29, 246; 30, 179; 61, 364; 66, 100; RG Rspr. 6, 100 u. 190; 7, 130; 10, 594; BGHSt 3, 72; 8, 31; 13, 70; 18, 272; BGH VRS 11, 62; 13, 205 u. 361; 14, 185; 16, 131 u. 448 u. 452; KG VRS 3, 275; BayObLG VRS 23, 379 f.

4) Schönke-Schröder Vorbem. § 306 Rdn. 4; Jagusch LK § 52 Anm. 3 b aa; Liszt-Schmidt § 28 III; Maurach § 27 II 3; Siebenhaar ZStW 4 (1884), 248; Ungemach S. 36 u. 43; Welzel § 9 III 4.

Wie sind aber nun die Begriffe "nahe Möglichkeit = Wahrscheinlichkeit" zu umreißen? Nach Siebenhaar[1] liegt Wahrscheinlichkeit vor, wenn erfahrungsgemäß in der Mehrzahl gleichgearteter Fälle in der nächsten Zukunft ein Schaden wirklich eingetreten ist. Bei der Wahrscheinlichkeit sei nach allgemeiner Erfahrung der Eintritt des Erfolgs viel eher zu gewärtigen als sein Nichteintritt[2]. Ähnlich lautet die oft benutzte Formulierung des BGH, eine Gefahr liege dann vor, wenn der Eintritt des Schadens wahrscheinlicher sei als dessen Ausbleiben[3]. Genau besehen wird damit ausgesagt, daß die Chancen für den Schadenseintritt größer sein müssen als für das Ausbleiben des Schadens, daß diese Chancen also 50 % übersteigen müssen.

Eine derartige Annahme geht jedoch zu weit. Sie würde den Begriff der Gefahr in einer sachlich nicht gerechtfertigten und im Widerspruch zur allgemeinen Auffassung vom Wesen der Gefahr stehenden Weise einschränken[4]. Wenn jemand von einer noch unbekannten Krankheit befallen ist, gegen die ein Heilmittel noch nicht erfunden ist und an der 30 % der Erkrankten sterben, wird man nicht bestreiten können, daß diese Person sich in Lebensgefahr befindet. Ob man in diesem Fall sagen kann, es sei wahrscheinlich, daß der Kranke stirbt, ist Auffassungssache. Jedenfalls wird man nicht sagen können, es sei wahrscheinlich, daß er nicht stirbt.

So hat der BGH[5] auch abschließend festgestellt, daß der Begriff der Gefahr nicht mit Hilfe von Prozentzahlen bestimmt werden kann. Zudem sei es unmöglich, die Umstände,

---

1) Siebenhaar ZStW 4 (1884), 248.

2) Siebenhaar ZStW 4, 250.

3) BGHSt 8, 31; 13, 70; BGH VRS 11, 62; 13, 205 u. 361; 14, 185; 16, 131 u. 448 u. 452; RG Rspr. 6, 100; OLG Bremen VRS 23, 98.

4) BayObLG VRS 23, 380

5) BGHSt 18, 272.

die zum Schadenseintritt mit- und gegeneinanderwirken, rechnerisch zu bewerten. Mit der Wendung "der Eintritt eines Schadens müsse wahrscheinlicher sein als dessen Ausbleiben" solle nichts anderes zum Ausdruck gebracht worden sein, als daß nicht schon die entfernte, weit abliegende Gefahr genüge, sondern eine nach der allgemeinen Lebenserfahrung im Einzelfall zu beurteilende naheliegende Gefahr erforderlich sei, die auf einen unmittelbar bevorstehenden Schaden hindeute.

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung[1] kann man also feststellen, daß einerseits eine entfernte, weit abliegende Möglichkeit des Schadenseintritts dem strafrechtlichen Gefahrbegriff nicht genügt, daß andererseits aber auch nicht ein besonders hoher oder überhaupt ein bestimmter Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadens erforderlich ist. Eine feste, für die unendliche Zahl aller denkbaren Fälle durchgreifende Abgrenzung zwischen der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit eines Schadens läßt sich nicht ziehen[2]. Wie stark die Wahrscheinlichkeit und wie nahe die danach zu befürchtende Eventualität des Schadenseintritts sein muß, um von vorhandener Gefahr sprechen zu können, läßt sich nur für den Einzelfall entscheiden[3].

Ohne einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad nach Prozenten oder nach einer Mehrzahl von Schadenseintritten in gleichgearteten Fällen zugrunde zu legen, kann man den Gefahrbegriff jedoch einengen, wenn man weniger auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern vielmehr auf die tatsächlich vorhandenen und möglicherweise in das Geschehen eingreifenden Umstände und Faktoren abstellt. Das klingt bereits in dem Urteil des BGH[4] an, in dem es heißt,

---

1) RGSt 10, 176; RG Rspr. 10, 594 f; BGHSt 18, 272 f.; BayObLG VRS 23, 380.

2) RGSt 10, 176.

3) RGSt 6, 397.

4) BGHSt 18, 272.

daß die für die Besorgnis eines Schadens maßgeblichen Umstände unterschiedliches Gewicht haben können, und daß im Regelfall eine Reihe von Umständen vorliegt, die auch in ihrem Zusammen- oder Gegeneinanderwirken bewertet werden müssen. Für die Feststellung einer Gefahr ist also Anzahl, Ausmaß und Stärke von tatsächlich vorhandenen und im Einklang mit der laufenden Kausalkette denkbaren schadensfördernden und schadenshemmenden Kräften, Umständen und Faktoren maßgebend. In dem Beispiel des an einer unbekannten Krankheit Leidenden, für den es keine Heilmittel, aber 70 % Überlebenschancen gibt, ist zwar die Möglichkeit denkbar, daß noch ein Heilmittel erfunden wird, im übrigen aber ist sein Überleben vom Zufall abhängig. Hier ist das Eingreifen schadenshindernder Kräfte nur in geringem Maße möglich. Im wesentlichen ist es hier nur der Faktor Zufall, der über den Eintritt oder Nichteintritt des Schadens entscheidet.

Wenn die schadensfördernden Kräfte die schadenshemmenden überwiegen, wenn also die 50 % - Chancen - Grenze überschritten ist, wird immer eine Gefahr vorliegen. Wenn umgekehrt die schadenshindernden Faktoren zahlreicher und gewichtiger sind als die schadensfördernden, wenn also die Chancen, daß der Schaden eintritt, unter 50 % liegen, besteht trotzdem dann eine Gefahr, wenn die Zahl der denkbaren schadenshindernden Faktoren trotz Überwiegens über die fördernden Kräfte gering ist. Bei einer geringen Anzahl möglicher schadenshindernder Faktoren ist nämlich die Aussicht, daß tatsächlich einer dieser Faktoren eingreift, nicht sehr groß. In einem solchen Falle besteht keine Wahrscheinlichkeit, daß der Schaden nicht eintritt. In diesem Sinne kann die Wahrscheinlichkeit als negatives Abgrenzungskriterium herangezogen werden.

Zusammenfassend kann man sagen: Wenn der Eintritt des Schadens wahrscheinlicher ist als dessen Ausbleiben, also die Chancen für den Schadenseintritt über 50 % liegen, besteht immer eine Gefahr. Liegen die Chancen nicht klar ersichtlich darüber, so müssen die schadensfördernden und

-hindernden Kräfte und Faktoren, deren Eingreifen in das Geschehen nach dem bisherigen Kausalverlauf denkbar ist, nach Anzahl, Ausmaß und Gewicht abgeschätzt und in der oben ausgeführten Weise beurteilt werden. Das Vorliegen einer Gefahr kann nur dann verneint werden, wenn der Schaden wahrscheinlich nicht eintritt. Mit anderen Worten: Eine Gefahr liegt immer dann vor, wenn es möglich und nicht unwahrscheinlich ist, daß ein Schaden eintritt.

Etwa dasselbe besagt Schröders[1] Definition der Gefahr als einen Zustand, bei dem "eine ernst zu nehmende Aussicht" auf den Schadenseintritt besteht.

4. Zeitlicher Zusammenhang zwischen Gefahr und erwartetem Schadenseintritt

Schließlich ist noch die Frage zu klären, ob ein zeitliches Erfordernis für den befürchteten Schadenseintritt besteht. Nach der Auffassung des BGH[2] ist eine naheliegende Gefahr erforderlich, die auf einen unmittelbar bevorstehenden Schaden hindeutet. Auch Siebenhaar[3] fordert, daß der Schaden "in der nächsten Zukunft" eintrete. Diese Meinung engt jedoch den Gefahrbegriff sehr ein.

Der BGH hat ausdrücklich festgestellt, daß er von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht abweiche. Diese setzt die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts mit der naheliegenden Möglichkeit gleich[4]. Darauf, daß der Begriff "naheliegend" im zeitlichen Sinne aufgefaßt werden sollte, deutet nichts hin. In den meisten vom Reichsgericht entschiedenen Fällen erübrigte sich ein Eingehen auf diese

---

1) Schröder ZStW 1969, 9.

2) BGHSt 18, 273; BGH NJW 1968, 1245.

3) Siebenhaar ZStW 4, 248 f.

4) RGSt 29, 246; 30, 179; 61, 364; RG Rspr. 10, 594.

Frage, da es sich um Fälle von Eisenbahntransportgefährdung handelte, in denen der befürchtete Schaden ohnehin unmittelbar bevorgestanden hatte. Aber die Urteile des RG, die sich mit dieser Frage befassen, lassen erkennen, daß ein unmittelbar für die nächste Zukunft zu erwartender Schaden nicht erforderlich ist. Es wird vielmehr zutreffend zum Ausdruck gebracht, daß Gefahr die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines in naher oder entfernter Zukunft zu erwartenden Schadens ist[1]. Ob der aus einem gegebenen Tatsacheninbegriff zu befürchtende Schaden früher oder später zu erwarten ist, ändert an der Einheit der vorliegenden Gefahr nichts[2]. Die Gefahr braucht keine Augenblicksgefahr zu sein. Es genügt vielmehr, daß sich ein Zustand bei natürlicher Weiterentwicklung zu einem verletzenden gestaltet[3]. Das schädigende Ereignis braucht also nicht unmittelbar bevorzustehen[4]. Zur Illustration möge wieder der Fall des an einer unbekannten Krankheit ohne bekannte Heilungsmöglichkeit Erkrankten dienen: Wenn bei dieser Krankheit der Tod erfahrungsgemäß erst nach einem halben Jahr eintritt, befindet der Kranke sich schon jetzt in Lebensgefahr.

Ebenso wie das Reichsgericht sind auch Frank[5] und Ungemach[6] der Meinung, daß das Erfordernis, daß die Möglichkeit der Verletzung naheliegen muß, nicht in zeitlichem Sinne, sondern in dem Sinne eines höheren Maßes von Möglichkeit zu verstehen ist.

---

1) RGSt 6, 397.
2) RGSt 66, 100.
3) Jagusch LK § 52 Anm. 3 b) aa; RGSt 43, 343; 61, 255; 66, 225.
4) RGSt 36, 339; RG JW 1899, 788; RG HRR 1939, Nr. 1553.
5) Frank § 1 II 1.
6) Ungemach S. 43.

5. Definition der Gefährdung im Gegensatz zum Schaden

Gefahr ist ein Zustand, in dem objektiv feststellbar ist, daß in Zukunft der Eintritt eines Schadens zwar noch ungewiß, aber möglich und nicht unwahrscheinlich ist.

Gefährdung ist die Herbeiführung eines solchen Gefahrenzustandes.

Schaden ist demgegenüber ein Zustand, in dem objektiv feststellbar ist, daß gegenwärtig ein Nachteil mit Gewißheit eingetreten ist.

Gefährdung und Schaden verhalten sich zueinander wie Möglichkeit und Gewißheit, wie Zukunft und Gegenwart.

2. Abschnitt

Ist eine Vermögensgefährdung als Vermögensschaden anzusehen?

Wegen Betruges gemäß § 263 StGB wird nur bestraft, wer das Vermögen eines anderen beschädigt, ebenso wie wegen Erpressung gemäß § 253 StGB und wegen Untreue gemäß § 266 StGB nur bestraft wird, wer dem Vermögen eines anderen Nachteil zufügt. Nun stellt sich die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung bzw. eine Nachteilszufügung schon in einer Vermögensgefährdung zu sehen sein kann. Aus dem Wortlaut der genannten Paragraphen läßt sich das nicht schließen. Sie verlangen einen Nachteil bzw. eine Beschädigung. Betrug, Untreue und Erpressung sind nach einhelliger Meinung keine Gefährdungsdelikte[1].

I. Die verschiedenen Ansichten

In der älteren Literatur und Rechtsprechung[2] findet sich bisweilen die Meinung, daß auch eine Vermögensgefährdung als Vermögensbeschädigung anzusehen sei, ohne daß Einschränkungen gemacht oder Erklärungen, warum dies so sein soll, gegeben werden. Diese Meinung reicht von der These "Vermögensgefährdung ist Vermögensschaden"[3] bis zu der Alternativforderung, das Vermögen müsse verletzt oder "wenigstens" gefährdet sein[4] und der vorsichtigen Formu-

1) Olshausen § 263 Nr. 20 I; Reuter S. 33; Goldschmidt ZStW 48, 160; A. Merkel HH. III S. 763, Anm. 6.

2) Frank § 263 V 4; Hirschberg S. 337; Eckstein GA 58 (1911), 85; Köstlin Abh. S. 152 und 157; Doerr S. 58 u. 64 Anm. 2; Berner LB S. 556; RGSt 12, 397; 25, 375; 49, 25; 50, 96; 66, 411; 71, 304.

3) Hirschberg S. 337; Eckstein GA 58, 85.

4) Köstlin Abh. S. 152; Doerr S. 64 Anm. 2.

lierung, eine Vermögensbeschädigung könne gegeben sein, obwohl ein einzelnes Vermögensobjekt vorläufig nur gefährdet sei[1].

Auch die gegenteilige Ansicht, daß eine Vermögensgefährdung nie ein Vermögensschaden sein könne, wurde von verschiedenen Autoren[2] vertreten. Binding[3] kommt zu diesem Ergebnis von seiner juristischen Vermögensauffassung her, weil eine Vermögensgefährdung den Rechtsbestand intakt läßt und deshalb keine Schädigung darstelle. Adolf Merkel[4], auch ein Vertreter der juristischen Vermögenstheorie, bestreitet, daß derjenige, der fremdes Vermögen gefährdet, Verletzungsabsicht und Bereicherungsabsicht habe. Außerdem sind seiner und Gryzieckis[5] Ansicht nach Schädigung und Gefährdung für die gemeine Auffassung verschiedene Dinge. Daß die Auffassung des Gesetzgebers von der gemeinen Auffassung hierin abweiche, müsse aus dem Gesetze selbst - was nicht möglich sei - erwiesen werden[6].

Dieses letztere Argument wird auch von Vertretern der wirtschaftlichen Vermögenstheorien angeführt[7]. Es wird abgelehnt, den Begriff der Vermögensbeschädigung so zu erweitern, daß er die Vermögensgefährdung mitumfaßt[8]. Bei der Gefährdung, so wird ausgeführt, handele es sich um einen Schwebezustand. Der erst in der Zukunft sich ent-

---

1) Frank § 263 V 4.

2) Binding LB BT S. 360, 361; A. Merkel Krim.Abh. S. 124, 125, 242; J. Merkel, S. 35; Reuter S. 35; Ungemach S. 115, 116; Liszt-Schmidt § 139 II 1; Pröll GA 66 (1919), 192 ; Kronacher S. 8; Wolfenbüttel GS 27 (1875), 151; Gryziecki S. 90, 104.

3) Binding LB BT S. 360, 361.

4) A. Merkel Krim. Abh. S. 124, 125, 242.

5) Gryziecki S. 104.

6) A. Merkel HH III S. 763.

7) Reuter S. 33; J. Merkel S. 34; Ungemach S. 100.

8) Pröll GA 66 (1919), 192; Liszt-Schmidt § 139 II 1.

scheidenden Frage, ob eine Vermögensbeschädigung eintreten werde, könne nicht jetzt schon die Bedeutung einer tatsächlichen Vermögensbeschädigung beigelegt werden[1]. Sei aber eine effektive Vermögensbeschädigung festzustellen, dann könne von einer Vermögensgefährdung nicht mehr gesprochen werden. Eine bloße Vermögensgefährdung sei nie gleich einer Vermögensbeschädigung[2].

Herrschend war und ist auch heute noch eine Mittelmeinung. Danach soll eine Vermögensgefährdung dann eine Vermögensbeschädigung sein, wenn die durch die Vermögensverfügung verursachte Gefahr zukünftigen Verlustes den Gesamtwert des gegenwärtigen Vermögens vermindert[3].

Diese Meinung geht davon aus, daß die bloße Gefährdung des Vermögens als bloße Möglichkeit des Eintritts einer zukünftigen Vermögensbenachteiligung an sich noch keine Vermögensbeschädigung darstelle[4]. Wenn jedoch in der Ge-

---

1) J. Merkel S. 34.

2) Reuter S. 35; J. Merkel S. 35; Ungemach S. 115; Kronacher S. 8.

3) Früher: RGSt 8, 70; 9, 169 f; 12, 397; 16, 11 u. 81; 38, 266; 39, 186 u. 427; 42, 174; 44, 31; 59, 106; 66, 59 u. 373 f u. 411; 73, 63; 74, 130; RG Rspr. 6, 784; 7, 436; RG GA 54, 414; RG JW 1928, 411 Nr. 18; RMG 8, 275 u. 278; 16, 37; Olshausen § 263 Nr. 20 I; Oppenhoff § 263 Nr. 25; Hälschner S. 253 f; Grünhut RG-Festg. V S. 122; Meyer-Allfeld § 105 V S. 475 Anm. 37; Goldschmidt ZStW 48 (1928), 160; Rommel S. 117; Wachenfeld LB S. 405; Kyll S. 33; Lehmann JW 1928, 811; Heute: BGHSt 6, 117; 15, 27; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 100; Jagusch LK § 263 Anm. 11 c; Maurach BT § 38 II B 4 c dd; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 g; Welzel § 54 I 4 b; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B a; BGHSt 23, 304; Cramer S. 125.

4) RGSt 9, 169; 42, 174; OLG Hamburg NJW 1952, 439; Olshausen § 263 Nr. 18 IV; Meyer-Allfeld § 105 V S. 475 Anm. 37; Hälschner S. 252; Rommel S. 117.

fährdung des Vermögens zugleich eine Verschlechterung des gegenwärtigen Vermögenszustandes liege, wenn die Gefährdung also eine irgendwie bestimmbare Wertminderung und damit eine Beschädigung in sich schließe[1], sei in der Vermögensgefährdung eine Vermögensbeschädigung zu sehen.

Weiter wird ausgeführt, daß bei einer Vermögensgefährdung nach der konkreten Sachlage zwar erst die Gefahr eines zukünftigen Verlustes vorliege, weil noch Ungewißheit darüber bestehe, ob ein Verlust eintreten werde. Diese Ungewißheit vermindere aber schon den gegenwärtigen wirtschaftlichen Vermögenswert[2]. Ein gefährdetes Vermögensobjekt sei im Wirtschaftsverkehr weniger wert als ein ungefährdetes. Wer sein Vermögen oder einen Bestandteil desselben im Zustande der Gefährdung veräußern wolle, könne an der Erlösminderung sehen, wie hoch die Allgemeinheit das Maß der Gefahr wertmäßig einschätze[3].

II. Stellungnahme

Es stehen sich also, kurz gesagt, folgende drei Meinungen gegenüber: 1) Vermögensgefährdung ist Vermögensschaden; 2) Vermögensgefährdung ist nie Vermögensschaden; 3) Vermögensgefährdung kann Vermögensschaden sein. Welche Meinung ist nun richtig?

Die Vertreter der ersten Meinung geben keine ausreichenden Begründungen an. Diese Meinung erschöpft sich in teils bestimmten, teils vagen Behauptungen. Einer Gleichsetzung von Vermögensgefährdung und Vermögensbeschädigung, wie diese Meinung sie vornimmt, kann jedenfalls nicht zugestimmt werden. Nach den bisher vorgenommenen Begriffsabgrenzungen

---

1) Hälschner S. 253 f.

2) RGSt 9, 169; 16, 11; 38, 266; 73, 63; 74, 130; OLG Hamburg NJW 1952, 439; Grünhut RG-Festg. V S. 122; Oppenhoff § 263 Nr. 25.

3) Hirschberg S. 338.

verhalten sich Vermögensbeschädigung und Vermögensgefährdung zueinander wie Gegenwart und Zukunft, wie Gewißheit und Möglichkeit. Im Zustand der Gefährdung wird ein Nachteil für die Zukunft befürchtet, im Zustand der Schädigung wird ein gegenwärtiger Nachteil festgestellt. Im Zustand der Gefährdung droht nur der mögliche und nicht unwahrscheinliche Eintritt eines Nachteils, im Zustand der Schädigung besteht die Gewißheit, daß ein Nachteil tatsächlich eingetreten ist. Die Gefährdung ist im Hinblick auf den Nachteil eine zukunftsbezogene Möglichkeit, die Beschädigung eine gegenwärtige Gewißheit[1].

Die Begriffe Zukunft-Gegenwart, Möglichkeit-Gewißheit sind so gegensätzlich, daß man für den allgemeinen Sprachgebrauch auch an der Verschiedenheit der Begriffe Gefährdung-Schädigung nicht zweifeln kann. Die Schädigung kann nicht als gesteigerte Gefährdung angesehen werden. Die Gefährdung ist zwar das Durchgangsstadium für eine tatsächlich eintretende Schädigung, aber die Gefährdung ist grundsätzlich etwas anderes als die Schädigung. Denn dort, wo ein Schaden tatsächlich eingetreten ist, bleibt kein Raum mehr für die Gefahr, die den Eintritt dieses Schadens als möglich und nicht unwahrscheinlich erscheinen ließ, und so lange noch eine Gefahr besteht, kann der Schaden nicht eingetreten sein. Deshalb ist eine Vermögensgefährdung ebensowenig ein Vermögensschaden wie die Herbeiführung einer Lebensgefahr als Mord qualifiziert werden kann[2].

Daß der Gesetzgeber sehr wohl zwischen Gefährdung und Schaden unterschieden hat, ergibt sich schon aus dem StGB. Es gibt konkrete Gefährdungsdelikte, z.B. die §§ 310a, 311, 312, 313, 314, 315, 315a, 315b, 315c, 321, 330, in deren Tatbeständen die Herbeiführung einer Gefahr bzw. einer gemeinen Gefahr unter Strafe gestellt wird. Die Begriffe Ge-

1) Ungemach S. 47; Reuter S. 38.

2) Gryziecki S. 105.

fahr, gefährden, gefährlich finden sich auch in den §§ 187, 223a, 234a, 241a, 249, 252, 255 StGB. Wenn der Gesetzgeber, der den Begriff der Gefahr und Gefährdung in anderen Fällen verwendet hat, in den §§ 253, 263, 266 StGB einen Vermögensschaden bzw. Vermögensnachteil für die Strafbarkeit verlangt, kann man daraus entnehmen, daß eine Identifizierung der Begriffe Vermögensgefährdung und Vermögensschaden nicht dem Sinn des Gesetzes entspricht, und daß eine Vermögensgefährdung eben nicht zur Feststellung eines Schadens ausreichen sollte.

Die herrschende Meinung nimmt diesen Standpunkt ebenfalls als Ausgangspunkt für ihre Ausführungen ein. Ihre weiteren, das Wesen dieser Meinung ausmachenden Formulierungen erweisen sich jedoch bei genauerer Untersuchung als unlogisch. So wird beispielsweise erklärt, eine Gefährdung des Vermögens sei als ausreichend zu betrachten, wenn sie eine irgendwie bestimmbare Wertminderung des Vermögens und damit eine Beschädigung in sich schließe[1]. Das heißt also, die Möglichkeit einer Schädigung soll für die Feststellung eines Schadens ausreichen, wenn sie eine (tatsächliche) Schädigung in sich schließt. Ein möglicher Schaden kann aber begrifflich nicht gleichzeitig ein tatsächlicher Schaden sein.

Wenn das Reichsgericht[2] Maßnahmen als Vermögensbeschädigung ansieht, die zwar nicht eine Verminderung des Vermögens seiner Substanz nach, doch aber eine dessen Wert herabmindernde Gefährdung dieses Vermögens begründen, so muß dem entgegengehalten werden, daß das Vermögen die Gesamtheit der geldwerten Güter einer Person ist, und daß das Vermögen vermindert und damit geschädigt - nicht gefährdet - ist, wenn der Gesamtgeldwert des Vermögens sich verringert hat. In einer Verminderung des Vermögens sei-

---

1) Hälschner S. 253 f.

2) RG GA 54 (1907), 414.

ner Substanz nach einen Schaden und seinem Wert nach eine Gefährdung zu sehen und zwischen diesen Alternativen zu unterscheiden, ist unsinnig. Die Substanz des Vermögens ist sein Wert.

Zu der oft gebrauchten Formulierung: "Eine Gefährdung des Vermögens reicht zur Annahme einer Vermögensschädigung aus, wenn nach der konkreten Sachlage die Gefahr eines Verlustes so wahrscheinlich ist, daß die Ungewißheit darüber, ob ein solcher Verlust eintritt, bereits den gegenwärtigen Vermögenswert mindert"[1], ist folgendes zu sagen: Wenn die Gefahr eines Verlustes besteht, also der Eintritt eines zukünftigen Vermögensschadens wahrscheinlich ist, aber noch Ungewißheit darüber besteht, ob ein solcher Verlust eintreten wird, kann der gegenwärtige Vermögenswert nicht vermindert sein. Ist der gegenwärtige Vermögenswert aber tatsächlich vermindert, so bedeutet das, daß die Gefahr künftigen Verlustes nicht mehr besteht, sondern in der Vergangenheit bestanden hat und jetzt in einen Schaden umgeschlagen ist, daß also der Eintritt des Schadens nicht wahrscheinlich, sondern sicher ist und daß nicht Ungewißheit, sondern Gewißheit über den Verlusteintritt = Gesamtvermögenswertminderung besteht.

Dasselbe ist zu sagen zu der in der neueren Literatur häufig gebrauchten Definition: "Ein Vermögensschaden ist nicht nur die effektive, rechnungsmäßig buchbare Vermögensminderung, sondern u.U. auch schon die bloße Gefährdung von Vermögenswerten, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet"[2].

---

1) OLG Hamburg NJW 1952, 439; RGSt 9, 169; 16, 11; Oppenhoff § 263 Nr. 25; Grünhut RG-Festg. V S. 122; RGSt 38, 266; 73, 63.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 100; Maurach BT § 38 B 4 c dd; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 g.

Da eine Verschlechterung der Vermögenslage immer ein Vermögensschaden ist, heißt dieser Satz vereinfacht: Ein Schaden ist auch die bloße Gefährdung, wenn sie bereits einen Schaden darstellt.

Da die Vermögensgefährdung ein Zustand ist, in dem ein künftiger Schadenseintritt nicht als unwahrscheinlich erscheint, aber auch ein Zustand der Ungewißheit darüber, ob der Schaden nun wirklich eintritt, ist eine Vermögensbeschädigung durch eine Vermögensgefährdung undenkbar.

Bei genauer Betrachtung der herrschenden Meinung, insbesondere der von ihr zur Illustration angeführten Fälle, kann man feststellen, daß immer dann, wenn die h.M. von einer "Vermögensgefährdung,die infolge der Ungewißheit darüber, ob ein Schaden eintreten wird, den Vermögenswert mindert und deshalb zur Annahme eines Vermögensschadens ausreicht", nach der wirklichen Auffassung der Vertreter dieser Meinung gar nicht eine Vermögensgefährdung, sondern ein wirklicher Vermögensschaden eingetreten ist, weil nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, so wie ihn die Vertreter dieser Ansicht verstehen, zweifelhafte und gefährdete Vermögenspositionen in ihrem Wert angeblich geringer zu veranschlagen sein sollen. Die h.M. nennt eine ihrer Ansicht nach bereits eingetretene Vermögensbeschädigung noch "Vermögensgefährdung"[1]. Wenn aber tatsächlich ein Schaden nachweisbar ist, sind Erörterungen darüber, ob auch die Gefährdung den Tatbestand des § 263 StGB erfülle, überflüssig. Und für die Fälle, in denen kein Schaden eingetreten ist, sondern noch eine echte Gefährdung vorliegt, teilt die h.M. die hier vertretene Ansicht, daß eine Vermögensgefährdung nicht als Vermögensbeschädigung angesehen werden kann, weil sie wesensmäßig etwas ganz anderes ist als eine Beschädigung.

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Niemals kann eine Vermögensgefährdung zugleich eine Vermögensbeschädigung bzw. ein Vermögensnachteil im Sinne der §§ 253, 263,

---

1) Reuter S. 35; Ungemach S. 112; Kronacher S. 8.

266 StGB sein. Nur wenn eine Vermögensbeschädigung bzw. ein Vermögensnachteil mit gegenwärtiger Gewißheit feststellbar ist, können Betrug, Erpressung oder Untreue vorliegen. Besteht nur eine Vermögensgefährdung, die sich noch nicht zu einem Vermögensschaden entwickelt hat, so kann diese Gefährdung nicht den Tatbestand der §§ 253, 263, 266 StGB erfüllen.

3. Abschnitt

Ist dann, wenn die herrschende Meinung eine "Vermögensgefährdung" annimmt, bereits ein Vermögensschaden eingetreten? Untersuchung der einzelnen Betrugsarten.

Da die herrschende Meinung immer dann einen Vermögensschaden annimmt, wenn eine sogenannte "Vermögensgefährdung" wirtschaftlich den gegenwärtigen Vermögenswert mindert, also ein Schaden schon vorliegt, muß einmal untersucht werden, ob in den Fällen, in denen die h.M. von einer solchen "Vermögensgefährdung" spricht, nach den hier entwickelten Grundsätzen auch wirklich ein Vermögensschaden und damit ein strafbarer Betrug vorliegt oder ob es sich vielleicht wirklich nur um eine echte Vermögensgefährdung handelt, die nicht als Vermögensschaden angesehen werden und den Tatbestand der §§ 253, 263, 266 StGB nicht erfüllen kann.

I. Erlangung einer Leistung des Opfers bzw. einer Forderung gegen das Opfer

1. Kreditbetrug infolge Zahlungsunfähigkeit

Besonders deutlich läßt sich die Problematik der Unterscheidung zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensschaden und der Standpunkt der herrschenden Meinung am Beispiel des Kreditbetruges demonstrieren. Der Kreditbetrug besteht darin, daß jemand einen anderen durch Täuschung über seine Vermögensverhältnisse zur Gewährung eines Kredites oder zur Verlängerung eines gewährten Kredits bestimmt[1].

---

1) J. Merkel S. 37; Reuter S. 38; Kronacher S. 6.

a) Täuschungshandlung

Der Kreditnehmer täuscht in der Regel dadurch über seine Vermögensverhältnisse, daß er sich einen Kredit geben läßt, seine Zahlungsunfähigkeit bzw. Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit aber verschweigt. In diesem Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit müßte eine Vorspiegelung falscher oder eine Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen zu sehen sein. Handelt es sich um ein sog. "einfaches Schweigen"[1], das in dem einfachen Unterlassen einer Mitteilung besteht, so ist in dem Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit nicht eine der in § 263 StGB aufgeführten Täuschungshandlungen zu erblicken, sondern eine Unterlassung der Aufklärung über die schlechte Vermögenslage durch den Kreditnehmer. Doch selbst wenn man es, was nicht unstreitig ist, für möglich hält, daß ein Betrug durch Unterlassen begangen werden kann[2], so würde diese Unterlassung nach den allgemeinen Grundsätzen der Unterlassungsdelikte nur dann strafrechtlich relevant sein, wenn für den Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestand. Es wird jedoch beinahe einhellig[3] die Auffassung vertreten, daß im Geschäftsleben - von gewissen Ausnahmen[4] abgesehen - bei dem Ab-

---

1) Jagusch LK § 263 Anm. 2 b S. 442; Frank § 263 II 3 a; Goldschmidt ZStW 48 (1928), 150.

2) OLG Köln JuS 1967, 283; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 21; Maurach BT § 38 II B 1 c cc; Welzel § 54 I 1 b; Kohlrausch-Lange § 263 II 4; Bockelmann ZStW 1967, 45; a.A.: Kronacher S. 14; Grünwald, Festschr. f. H.Mayer, S. 291; Naucke, Betrug, S. 207, 214; Gryziecki S. 47.

3) BGH GA 1965, 208; BGH bei Dallinger MDR 1968, 202; RGSt 2, 7; 24, 216; 31, 210; 70, 154; RG GS 102, 389 u. 395; RG DStR 1939, 171; OLG Köln JuS 1967, 283 = NJW 1967, 741; OLG Schleswig GA 1954, 285; OLG Schleswig SchlHA 1959, 155; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 25; Jagusch LK § 263 Anm. 2 d S. 446; Olshausen Nr. 14 II f; Frank § 263 II 1; Maurach § 38 II B 1 c cc; Welzel § 54 I 1 b; Bockelmann ZStW 1967, 45.

4) BGH GA 1965, 208; OLG Schleswig GA 1954, 285; OLG Schleswig SchlHA 1959, 155

schluß eines gewöhnlichen Kreditvertrages (Darlehensvertrag oder Kaufvertrag auf Kredit) für den Kreditempfänger keine Rechtspflicht besteht, dem Kreditgeber seine Vermögensverhältnisse zu offenbaren und diesem die für die Beurteilung seiner Kreditwürdigkeit ins Gewicht fallenden Umstände unaufgefordert mitzuteilen. Es ist nämlich in der Regel davon auszugehen, daß der Kreditsuchende Geldbedarf hat. Wäre es anders, so hätte er keine Veranlassung, Kredit aufzunehmen.

Jedenfalls kann nicht verlangt werden, daß der Kreditnehmer seine von ihm mit einleuchtenden Gründen nur als vorübergehend beurteilten Schwierigkeiten offenlegt. Denn durch eine solche Offenbarung würde ihm jede Möglichkeit zu deren Überwindung aus eigener Kraft genommen[1]. Bei Abzahlungskäufen kommt hinzu, daß die auf Abzahlung verkaufenden Firmen den Kunden ihre Waren ohne jede weitere Nachfrage nach deren Zahlungsfähigkeit anzubieten pflegen. Das aus dieser Geschäftspraxis entstehende Risiko haben diese Firmen daher auch selbst zu tragen[2].

In den meisten Fällen einer scheinbaren Täuschung durch Unterlassen liegt jedoch in Wirklichkeit eine Täuschung durch konkludentes Handeln vor. Es handelt sich dann um Fälle des sogenannten "qualifizierten Schweigens"[3], das in Verbindung mit einem aktiven, auf Täuschung gerichteten Tun zu beurteilen ist. Das Gesamtverhalten des Täters - Handlungen, Mitteilungen und Verschweigen - ist auslegungsbedürftig. Es kommt darauf an, wie der rechtsgeschäftliche Verkehr die Handlung oder Erklärung des Täters versteht oder verstehen darf, so daß die am Rechtsverkehr orientierte Auslegung seines gesamten Verhaltens zu dem Schluß führt, der Täter wolle eine bestimmte Tatsache erklären[4].

---

1) BGH bei Dallinger MDR 1968, 202.

2) OLG Schleswig SchlHA 1959, 155.

3) Jagusch LK § 263 Anm. 2 b S. 442; Frank § 263 II 3 b; Goldschmidt ZStW 48 (1928), 150.

4) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 12.

Uneinheitlich sind die Ansichten darüber, welche Erklärung einer Kreditaufnahme oder dem Abschluß eines Kaufvertrages auf Kredit nach den Anschauungen des Rechtsverkehrs innewohnt, wenn der Kreditsuchende keine besonderen Erklärungen zu seinen Vermögensverhältnissen und deren voraussichtlicher Entwicklung abgegeben hat, sondern zwischen den Vertragsparteien lediglich der Fälligkeitszeitpunkt bestimmt worden ist.

Es würde zu weit führen, auf die mannigfaltigen Ansichten zu dieser Frage einzugehen. Ganz allgemein kann davon ausgegangen werden, daß der Kreditnehmer durch den Vertragsschluß die künftige termingerechte Erfüllung seiner Verpflichtungen verspricht.

b) Vermögensgefährdung

Daß die Vermögensverfügung des getäuschten Kreditgebers - die Darlehenshingabe oder die Warenlieferung beim Kauf auf Kredit - zu einem Vermögensschaden des Getäuschten führt, scheint für die absolut herrschende Meinung[1] selbstverständlich zu sein. Der Vermögensschaden wird in einer "Vermögensgefährdung" gesehen, die darin bestehen soll, daß die als Äquivalent für den hingegebenen Vermögenswert geltende Forderung gegen einen unsicheren Schuldner in ihrer Realisierbarkeit gefährdet und damit wirtschaftlich weniger wert sei als eine in ihrer Realisierung sichere Forderung.

Allein die Forderung könne als Äquivalent angesehen werden, denn der Vermögensschaden müsse eine unmittelbare Folge der Vermögensverfügung sein[2]. Die Ersatzleistung müsse mit der Leistung unmittelbar zusammentreffen, so daß Hand in Hand mit dem Eintritte der Vermögensminderung gleichzei-

---

1) vgl. die nachfolgenden Zitate.

2) Maurach § 38 II B 3 a; RGSt 44, 236; OLG Köln JMBl NRW 1962, 176; RG DR 1941, 1882; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 97; Jagusch LK Bem. III 3 b cc vor § 249.

tig ihre Ausgleichung erfolge. Wenn insofern ein und dasselbe Ereignis Nachteil und Vorteil zugleich hervorgebracht habe, müsse beides gegeneinander abgewogen werden, so daß ein Schaden nur insoweit übrig bleibe, als der Nachteil den Vorteil überwiege[1].

Der Schaden sei festzustellen durch einen Vergleich des Wertes, den das Vermögen nach und infolge der durch Irrtum beeinflußten Vermögensverfügung des Getäuschten habe, mit demjenigen Wert, den es vorher hatte[2].

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Schadens sei allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Vermögensverfügung[3]. Die spätere Entwicklung der Dinge müsse völlig außer Betracht bleiben, so daß der späteren Sachgestaltung und der Beeinflussung der unmittelbaren Vertragsfolgen durch künftige Ereignisse keinerlei Bedeutung einzuräumen sei[4]. Sei einmal im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Schaden festgestellt worden, weil die Forderung gegen den Schuldner in ihrer Einbringlichkeit gefährdet und deshalb weniger wert sei, so sei ein Vermögensschaden endgültig eingetreten.

---

1) RGSt 44, 236.

2) BGHSt 15, 343; RGSt 43, 172; 44, 235; 68, 380; 74, 129; RG LZ 1916, 228; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; Bockelmann NJW 1961, 147; Bockelmann ZStW 1967, 36; Hardwig GA 1956, 17; 2. Referent GS 43, 430 f; Jagusch LK Bem. III 3 a vor § 249; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B b.

3) BGHSt 3, 72; BGH GA 1961, 115; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; RGSt 22, 22; 42, 184; 48, 88; 49, 25; 66, 59; 74, 130; RG GA 41 (1893), 142 u. 144; RG JW 1915, 350; 1930, 3776; RG HRR 37, 281; RG DR 1943, 74; Bockelmann ZStW 1967, 35; Olshausen § 263 Nr. 20 II c; Jagusch LK Bem. III 3 a vor § 249 u. § 263 Anm. 11 c; Goldschmidt ZStW 48, 161; Hirschberg S. 308; Welzel § 54 I 4 b; BGH JZ 1971, 340 = BGHSt 23, 303; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 98.

4) BGH GA 1961, 115; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 259; RGSt 22, 22; 48, 88; 74, 130; RG JW 1930, 3776; RG GA 41 (1893), 144; RG HRR 1940 Nr. 1270; Goldschmidt ZStW 48, 161; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B b; Hirschberg S. 337; Jagusch LK Bem. III 3 vor § 249; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 98.

Werde der Schuldner wider Erwarten bis zur Fälligkeit zahlungsfähig, etwa durch einen Lottogewinn oder eine unerwartete Erbschaft, so sei die Zahlung der Schuld bei Fälligkeit nur ein nachträglicher Schadensausgleich, der an dem Vorliegen eines vollendeten Betruges nichts ändere[1]. Der Schaden könne damit zwar rückgängig, aber nicht ungeschehen gemacht werden. Umgekehrt fehle es an einem Vermögensschaden, wenn der Schuldner vor Fälligkeit unerwartet zahlungsunfähig werde. Es liege auf der Hand, daß die Entscheidung darüber, ob ein Kreditbetrug vorliege, nicht abhängen könne von dem Eintreten oder Ausbleiben von Zufällen[2].

Die Feststellung, ob bei Vertragsschluß eine als Vermögensschaden zu bewertende Vermögensgefährdung durch eine Wertminderung der Forderung wegen wirtschaftlicher Unsicherheit des Schuldners eingetreten ist, müsse in Form einer nachträglichen Prognose getroffen werden[3]. Da es auf noch ungewisse, in der Zukunft liegende Tatsachen - Zahlungsunfähigkeit bei Fälligkeit - ankomme, seien diese nur unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, welchen Einfluß sie für die Zeit des Vertragsschlusses nach Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung auf den Wert der betreffenden Forderung ausüben[4]. Von Erheblichkeit sei allein, ob sich die gegenwärtige Vermögenslage des Verpflichteten bereits so gestaltet habe, daß er unsicher und damit kreditunwürdig erscheine und deshalb eine Forderung gegen ihn schon gegenwärtig als wertlos oder minderwertig zu erachten sei, und ob dies auf einer ihm jetzt bereits drohenden Zahlungsunfähigkeit beruhe[5]. Der Beurteiler müsse sich also in den

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 98; Bockelmann ZStW 1967, 35 u. 41; Olshausen § 263 Nr. 20 II b Nr. 23; Wachenfeld S. 403; Jagusch LK Bem. III 3 vor § 249; Ungemach S. 119; J. Merkel S. 37; Niese NJW 1952, 692.

2) Bockelmann ZStW 1967, 35; Schönke-Schröder § 263 Rdn.98.

3) Bockelmann ZStW 1967, 39; Goldschmidt ZStW 48, 163.

4) RGSt 49, 25.

5) RGSt 39, 427; Goldschmidt ZStW 48, 163; BGHSt 16, 281.

Zeitpunkt der Gewährung des Darlehens zurückversetzen und die Frage dahin stellen, welche Voraussagen damals über die künftige Leistungsfähigkeit des Schuldners möglich waren, wobei diese Vorausschau nicht schon zu einem ungünstigen Resultat führen dürfe, wenn die gemeinsame Erwartung von Gläubiger und Schuldner, der Kreditnehmer werde bis zur Fälligkeit wieder liquide werden, sich tatsächlich nicht erfüllt habe[1]. Der kreditierende Gläubiger sei immer dann geschädigt, wenn die nachträgliche Vorausschau auf die künftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners ergebe, daß bei richtiger Beurteilung der Sachlage mit solcher Zahlungsfähigkeit nicht zu rechnen sei[2].

Gegen diese oben dargestellte Auffassung der herrschenden Meinung ist verschiedenes einzuwenden.

(aa) Logische Betrachtungsweise

Mit Hilfe einer nachträglichen Prognose will die h.M. einen Schaden feststellen, indem sie sich in den Zeitpunkt der Verfügung versetzt und auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung Voraussagen über die künftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners macht. Es sei nun daran erinnert, daß nach den oben gewonnenen Erkenntnissen in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung[3] und Literatur[4] es gerade für die Feststellung über das Vorliegen einer Gefahr typisch ist, daß sie ex ante in vorausschauender Betrachtungsweise auf Grund des menschlichen Erfahrungswissens und damit in generalisierender ex-post-Betrachtung getroffen wird, und daß der Beurteilende das Geschehen in seiner Entwicklung zu betrachten und nachzuempfinden hat, wie die Lage sich zuge-

---

1) Bockelmann ZStW 1967, 39.

2) Bockelmann ZStW 1967, 40.

3) BGH VRS 16, 448; OLG Braunschweig VRS 21, 364.

4) Schönke-Schröder Vorbem. § 306 Rdn. 4; Maurach AT § 27 II 3.

spitzt hat. Will man das Bestehen einer Gefahr feststellen, so stellt man eine Prognose auf über den Eintritt des Schadens. Das Vorliegen einer Gefahr wird damit abhängig gemacht von den Voraussagen, die über den Eintritt des Schadens möglich sind.

Die herrschende Meinung kann beim Kreditbetrug einen Schaden nur feststellen, indem sie eine Prognose über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bei Fälligkeit und damit über eine freiwillige oder gerichtlich erzwingbare Zahlung aufstellt. Sie macht den Eintritt eines Schadens abhängig von der Erwartung, ob der Schuldner bei Fälligkeit zahlen kann und wird oder nicht. Als Voraussetzung für die Feststellung eines Schadens verlangt sie die Nichterwartung der Zahlung der Schuld bei Fälligkeit. Tritt dieses Ereignis - Zahlung der Schuld - dessen Nichterwartung die Voraussetzung für die Feststellung eines Schadens war, dann trotzdem ein, so wird dieses Ereignis von der herrschenden Meinung als für die Feststellung des Schadens unbeachtlich angesehen und deshalb als nachträglicher Schadensausgleich, d.h. als eine Wiedergutmachung des vorher festgestellten Schadens bezeichnet.

Hierin kann man der herrschenden Meinung nicht folgen. Es ist unzulässig, die "Zahlung bei Fälligkeit", wenn sie nicht erwartet wird, als Voraussetzung für die Schadensfeststellung zu betrachten und sie dann, wenn sie wider Erwarten doch erfolgt, als Schadenswiedergutmachung zu deklarieren. In der Fassung einer Gleichung sieht das folgendermaßen aus:

Schadensvoraussetzung = Nichterwartung einer Zahlung bei Fälligkeit

Zahlung bei Fälligkeit = Schadenswiedergutmachung

Schadensvoraussetzung = Nichterwartung einer Schadenswiedergutmachung

oder:

Kein Schaden bei Erwartung einer Zahlung bei Fälligkeit

Kein Schaden bei Erwartung einer Schadenswiedergutmachung

Der Eintritt eines Schadens kann jedoch beim Kreditbetrug ebensowenig von der Nichterwartung einer Wiedergutmachung oder eines Ersatzes des Schadens in Form der Zahlung bei Fälligkeit abhängig sein wie beim gewöhnlichen Betrug die Nichterwartung einer Schadensersatzleistung einen Schaden begründen bzw. eine solche Erwartung einen Schaden ausschließen kann. Man kann ein und dasselbe Ereignis - Zahlung bei Fälligkeit - nur entweder wegen seiner Nichterwartung als Schadensvoraussetzung oder aber wegen seines Eintritts als Wiedergutmachung bezeichnen, nicht jedoch als beides.

Oder anders ausgedrückt: Glaubt man, die Zahlung bei Fälligkeit als Wiedergutmachung ansehen zu müssen, so darf ihre Nichterwartung nicht vorher als Schadensvoraussetzung herangezogen werden. Wie will man aber beim Kreditbetrug einen Schaden feststellen wenn nicht durch Heranziehung der Zahlung als Kriterium - sei es in Form der Nichterwartung, wie die h.M. es tut, sei es in Form ihrer tatsächlichen Vornahme?

Sieht aber die h.M. die Nichterwartung der Zahlung bei Fälligkeit als Voraussetzung für die Feststellung eines Schadens an, so darf sie die tatsächliche Zahlung nicht als Wiedergutmachung oder Schadensersatz bezeichnen, denn damit stellt sie fest, daß ein Schaden deshalb vorliegt, weil ein Schadensersatz nicht erwartet wird.

Es würde der h.M. auch nicht helfen, wenn sie erklären würde, sie fordere als Schadensvoraussetzung nicht die Nichterwartung einer Schadenswiedergutmachung, sondern die Nichterwartung einer Vertragserfüllung. Dann würde sie ein und dasselbe Ereignis - Zahlung der Schuld - einer-

seits als Erfüllung, andererseits als Schadensersatz bezeichnen. Das ist begrifflich unmöglich. Eine Vertragserfüllung kann nicht durch eine Schadensersatzleistung erfolgen.

(bb) Privatrechtliche Betrachtungsweise

Diese Feststellung wird auch von den im Vertragsrecht geltenden Grundsätzen gestützt. Im Privatrecht wird sehr genau zwischen Vertragserfüllung und Schadensersatz unterschieden. Eine Vertragserfüllung kann niemals in einer Schadensersatzleistung bestehen. Wird eine Schuld aus Darlehens- oder Kaufvertrag genau den vertraglichen Vereinbarungen entsprechend bei Fälligkeit beglichen, so handelt es sich um eine Vertragserfüllung und keinesfalls um einen Schadensersatz. Auch wenn man im Strafrecht und Bürgerlichen Recht einen unterschiedlichen Schadensbegriff anerkennt, wird man doch niemals eine privatrechtliche Vertragserfüllung als einen strafrechtlichen Schadensersatz ansehen können.

Überhaupt ist nicht einzusehen, warum dann, wenn der Schuldner buchstabengetreu seine Vertragspflicht erfüllt, indem er bei Fälligkeit die volle Schuldsumme zahlt, dem Gläubiger ein Schaden entstanden sein soll. Der Gläubiger, der das bekommt, was ihm vertragsgemäß zusteht, wird sich nicht geschädigt fühlen, auch dann nicht, wenn er zwischenzeitlich befürchtet hat, er werde sein Geld nicht bekommen. Er hat dann nur das Entstehen eines Schadens befürchtet, und sein Vermögen hat sich nach natürlicher Betrachtungsweise im Zustand der Gefährdung befunden.

Demgegenüber wird sich ein Gläubiger durchaus als geschädigt betrachten, dessen Forderung bei Fälligkeit nicht vom Schuldner beglichen wird, weil unvorhersehbare unglückliche Umstände kurz vor dem Fälligkeitszeitpunkt dem Schuldner die Zahlung unmöglich gemacht haben. Die herrschende Mei-

nung verneint hier einen Vermögensschaden, weil der Gläubiger im Zeitpunkt der Verfügung eine objektiv vollwertige Forderung erlangt habe. Diese Forderung jedoch nützt dem Gläubiger relativ wenig, denn er kann sie vor dem Fälligkeitszeitpunkt ohnehin nicht realisieren. Der Gläubiger erwartet die Zahlung bei Fälligkeit. Kann der Schuldner bei Fälligkeit - gleich aus welchen Gründen - nicht zahlen, so wird es dem Gläubiger wohl kaum einleuchten, daß er nicht geschädigt sei, weil er im Zeitpunkt der Verfügung objektiv mit einer Zahlung habe rechnen können. Erhält der Gläubiger im Fälligkeitszeitpunkt nicht das, was er fordern kann, so liegt objektiv ein Schaden des Gläubigers vor. Selbstverständlich kann der Schuldner in dem gebildeten Beispiel trotz des objektiv eingetretenen Schadens nicht wegen vollendeten oder versuchten Betruges bestraft werden, weil ihm der Schädigungsvorsatz fehlt.

Aber auch in folgendem Fall, in dem der Gläubiger bei Fälligkeit sein Geld nicht erhält und der Schuldner Schädigungsvorsatz hat, muß die herrschende Meinung eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges verneinen, weil sie keinen Vermögensschaden des Gläubigers feststellen kann: Der Schuldner hält es persönlich für völlig ausgeschlossen, daß er bei Fälligkeit zahlen kann. Im Zeitpunkt der Vermögensverfügung des Gläubigers ist der Schuldner jedoch ohne sein Wissen Erbe einer wertvollen Brilliantensammlung geworden. Diese Sammlung wird jedoch vor Fälligkeit der Schuld gestohlen und verschwindet spurlos. Hier war im Verfügungszeitpunkt objektiv mit der Realisierbarkeit der Forderung zu rechnen, so daß die herrschende Meinung keinen Schaden des Gläubigers feststellen kann, obgleich der Gläubiger nicht das erhält, was ihm vertragsgemäß zusteht.

Das Argument, die Entscheidung darüber, ob ein Kreditbetrug vorliege, könne nicht abhängig sein vom Eintreten oder Ausbleiben von Zufällen bezüglich der Zahlungsfähigkeit[1)],

1) Bockelmann ZStW 1967, 35; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 98.

ist nicht stichhaltig. Die Entscheidung darüber, ob ein vollendeter Mord oder ein Mordversuch vorliegt, hängt schließlich auch oft vom Eintreten oder Ausbleiben von Zufällen ab, z.B. wenn der Täter sich alle erdenkliche Mühe gegeben hat, das Opfer zu töten, und das Opfer wegen seiner außergewöhnlich kräftigen Konstitution oder auf Grund einer zufälligen, ungewöhnlich schnellen Rettungsaktion am Leben bleibt.

Bisher wurde festgestellt, daß die Vertragserfüllung nicht Schadensersatz oder Wiedergutmachung sein kann. Nun stellt sich die Frage: Bestehen Bedenken dagegen, die Vertragserfüllung als Äquivalent anzusehen?

Die h.M. sieht beim Kreditbetrug nicht die Vertragserfüllung, sondern die Forderung als Äquivalent an. Sie wird dazu genötigt durch ihre Auffassung, ein Schaden müsse unmittelbar im Zeitpunkt der Verfügung festgestellt werden. Auch dieser Standpunkt soll nicht unwidersprochen bleiben, doch dazu erfolgen Ausführungen an späterer Stelle[1].

Nimmt man einmal an, daß zeitliche Bedenken einer Berücksichtigung der Vertragserfüllung, d.h. der Zahlung bei Fälligkeit, als Äquivalent nicht entgegenstehen, so kommt man zu folgender Überlegung: Wird schon der Anspruch auf die Zahlung, die Erwartung der Zahlung, als ausreichendes Äquivalent betrachtet, so muß die tatsächliche Zahlung erst recht als Äquivalent gelten. Der Anspruch ist eine Vorstufe der Erfüllung, er besteht vorläufig stellvertretend für die Erfüllung.

Fallen beim Kauf die Leistung von Ware und die Gegenleistung von Geld in einem Austauschakt zusammen, so wird das Geld als Äquivalent angesehen. Erfolgt die Zahlung des Kaufpreises zu einem späteren Zeitpunkt, so soll nach der h.M. nicht das Geld, sondern der zwischenzeitlich bestehende Anspruch das Äquivalent sein. Es ist nicht recht einzusehen, warum in diesem Falle das Geld nicht als Äquivalent ange-

---

1) s.u.S. 55 ff.

sehen werden soll, nur weil es einige Zeit nach der Leistung der Ware gezahlt wird. Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Nach dem Vertragsrecht stehen Ware und Geld in einem Austauschverhältnis, nicht Ware und Forderung! Der Verkäufer gibt seine Ware nicht ab, um dafür nur eine Forderung zu erhalten, sondern um zunächst eine Forderung und später das Geld zu bekommen. Die Forderung für sich allein betrachtet ohne Berücksichtigung der späteren Erfüllung würde wohl kaum ein Kaufmann als ausreichendes Äquivalent ansehen.

Eine Forderung ist ihrem Wesen nach darauf angelegt, in der vollständigen Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der geschuldeten Leistung ihren Zweck zu erfüllen und damit das ihr bestimmte Ende zu erreichen[1]. Gemäß § 362 BGB erlischt das Schuldverhältnis und damit die einzelne Forderung durch Erfüllung. Im Gegensatz zum Eigentum, der auf Dauer angelegten Sachherrschaft, ist die Forderung ihrer Natur nach etwas "Vorübergehendes", ein Übergang[2], und damit auch nur ein vorübergehender, kein endgültiger Vermögensbestandteil. Von einem zum Weiterverkauf oder zur Verarbeitung erworbenen Gegenstand kann man das hingegen nicht sagen. Ein solcher gehört zwar seiner Bestimmung, nicht aber seiner Natur nach nur vorübergehend zum Vermögen. Eine Forderung aber ist ihrer Natur nach darauf angelegt, aus dem Vermögen wieder auszuscheiden. An ihre Stelle tritt dann die vereinbarte Leistung oder ein Veräußerungserlös. Deshalb kann man die Forderung auch nicht für sich allein als Äquivalent ansehen. Sie muß zwangsläufig eines Tages aus dem Vermögen ausscheiden, sei es durch Erfüllung oder Abtretung oder Verzicht. Einer Forderung wird auch nur deshalb ein bestimmter Wert beigelegt, weil sie einmal realisiert werden wird, nicht um ihrer selbst willen. Aus alledem ergibt sich, daß die Forderung

---

1) Larenz I § 2 S. 21 u. § 26 S. 314 u. § 29 S. 338.
2) Larenz § 2 S. 21.

als vorläufiger Vermögensbestandteil für sich allein betrachtet kein volles Äquivalent für die Leistung von Darlehen oder Ware sein kann, sondern nur zusammen mit ihrer Realisation durch die Zahlung bei Fälligkeit oder den Abtretungserlös. Demzufolge kann auch erst im Augenblick der Realisation der Forderung endgültig festgestellt werden, ob ein Schaden vorliegt oder nicht. Das eigentliche Äquivalent, das der Gläubiger erhält, ist also nicht die Forderung, sondern der Realisationsbetrag. Die Forderung ist nur ein vorläufiges, für den einmal in das Vermögen des Gläubigers gelangenden Realisationsbetrag stehendes Äquivalent.

Der nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen zur Zeit der Verfügung von der h.M. ermittelte Minderwert der Forderung ist nur ein fiktiver Wert, kein realer. Er kann auch nur zu einem fiktiven, vorläufig angenommenen Schaden führen, nicht aber einen realen Schaden begründen. Ein realer Schaden tritt erst ein, wenn der Nennwert der Forderung sich nicht realisiert hat, sei es durch endgültige Nichtzahlung der Schuld, sei es durch eine Zession der Forderung, die nicht den vollen Wert erbracht hat.

Zu der Zession einer Forderung ist noch zu bemerken, daß der Schuldner sich nicht darauf berufen kann, der Gläubiger habe die Forderung nicht abtreten dürfen, sondern er habe abwarten müssen, ob bei Fälligkeit gezahlt werde. Insofern habe er den Schaden selbst verursacht. Dazu ist zu sagen, daß ein Schuldner, der den Gläubiger getäuscht hat und dabei die Vorstellung hatte, er werde bei Fälligkeit nicht zahlen, eine Zession der Forderung, die einen ihrer Unsicherheit entsprechenden Minderwert erbracht hat, gegen sich gelten lassen muß. Den dadurch eingetretenen realen Schaden des Gläubigers hat er schuldhaft verursacht. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Vermögenslage des Schuldners sich bei Zession wieder so gestaltet hat, daß bei objektiver Beurteilung ein Minderwert der Forderung nicht mehr festgestellt werden kann, der Gläubiger aber trotzdem die

Forderung zu einem unter dem Nennwert liegenden Betrag abtritt. Ein Schadenseintritt auf diese Weise muß dem Gläubiger zugerechnet und der Schaden von diesem getragen werden.

(cc) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Als Argument dafür, daß schon bei der Entstehung einer unsicheren Forderung und nicht erst bei ihrer Realisation ein Vermögensschaden festgestellt werden könne, wird von den Vertretern der h.M. oft die Bestimmung des § 40 Abs. 3 HGB herangezogen. Dort heißt es in Bezug auf die Handelsbilanz: "Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben." Deshalb soll ein Vermögensschaden dann vorliegen, wenn die Gefährdung einer Forderung einen solchen Grad angenommen hat, daß ein ordentlicher Kaufmann die gefährdete Forderung ganz oder zum Teil in seiner Bilanz abschreiben würde[1]. Eine tatsächliche Abschreibung soll ein Indiz für den Vermögensschaden sein.

Der Ansatz einer zweifelhaften Forderung zu einem Minderwert in der Handelsbilanz vermag jedoch keinen Aufschluß über den wirklichen Wert der unsicheren Forderung zu geben. Der Wertansatz einer Forderung ist den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung unterworfen. Diese Grundsätze unterteilen sich in einzelne Prinzipien. Grundsätzlich gilt das Realisationsprinzip. Es bringt zum Ausdruck, daß Gewinne und Verluste erst dann in der Bilanz ausgewiesen werden dürfen, wenn sie durch Umsätze realisiert worden sind[2]. Das Realisationsprinzip wird durchbrochen von dem Niederstwertprinzip, das wegen der ungleichen Behandlung von unrealisierten Gewinnen und Verlusten auch als Imparitätsprinzip

1) Bockelmann ZStW 1967, 40; Goldschmidt ZStW 48, 160; Grünhut RG-Festg. V S. 122; Reuter S. 34.

2) Wöhe, Allg. BWL S. 388 f; Heinen S. 70.

oder Disparitätsprinzip bezeichnet wird. Es besagt, daß von zwei möglichen Wertansätzen jeweils der niedrigere anzusetzen ist. Dieser Grundsatz bewirkt, daß unrealisierte Gewinne nicht ausgewiesen werden, unrealisierte Verluste aber als mögliche Verluste bereits in voller Höhe in Erscheinung treten[1]. Das Niederstwertprinzip ist eine Auswirkung des Gläubigerschutzprinzips, des obersten Bilanzierungsgrundsatzes. Seine gesetzliche Fixierung hat das Niederstwertprinzip in § 40 Abs. 3 HGB und noch deutlicher in § 155 AktG gefunden. Nur im Interesse des Gläubigerschutzes wird das Realisationsprinzip durchbrochen, nicht etwa um den objektiven Wert eines Vermögensgegenstandes in Ansatz zu bringen.

§ 40 HGB enthält nur ein Verbot, Aktiva über ihren wirklichen Wert in die Bilanz einzustellen. Ein Kaufmann braucht deshalb nicht etwa eine zweifelhafte Forderung genau zu dem Wert in die Bilanz einzusetzen, der der Forderung nach objektiven Kriterien im allgemeinen Geschäftsverkehr beigemessen werden würde. Eine Unterbewertung der Aktiva, zu denen die Forderungen gehören, ist nicht nur gestattet, sondern überhaupt handelsüblich. Hinsichtlich der Bewertung einer Forderung nach unten braucht nach dem Imparitäts- oder Niederstwertprinzip keine Bilanzwahrheit zu bestehen[2].

Da die bilanzielle Bewertung einer zweifelhaften Forderung nach § 40 Abs. 3 HGB nicht mit dem objektiven Wert der Forderung übereinzustimmen braucht, ist sie als Kriterium oder Indiz für das Vorliegen eines Vermögensschadens unbrauchbar. Wegen der erlaubten und handelsüblichen Unterbewertung der Aktiva ist es sogar möglich, daß eine objektiv vollwertige Forderung in der Bilanz zu einem geringeren Wert erscheint, weil erfahrungsgemäß auch Forderungen, denen man z.Zt. ihrer Beurteilung noch keine Zweifelhaftigkeit anmerkt, nicht alle mit ihrem vollen Betrag eingehen

---

1) Wöhe, Allg. BWL S. 389; Heinen S. 71.

2) Brüggemann-Würdinger § 40 Anm. 4; Baumbach-Duden § 40 Anm. 2 E.

werden[1]. Von der Bewertung einer Forderung in der Handelsbilanz kann deshalb ein Vermögensschaden nicht abhängen.

Gerade die Bewertungsgrundsätze für die Handelsbilanz geben einen Aufschluß über die wirtschaftliche Betrachtung und Bewertung von zweifelhaften Forderungen und dem Eintritt eines Schadens durch sie. Deshalb lohnt es sich, diese Grundsätze weiter zu untersuchen.

Unterschieden wird in § 40 Abs. 3 HGB zwischen uneinbringlichen Forderungen, die abzuschreiben, und zweifelhaften Forderungen, die nach ihrem wahrscheinlichen Wert anzusetzen sind. Als uneinbringlich gilt eine Forderung erst dann, wenn objektive Anzeichen dafür vorhanden sind, daß der Verlust der Forderung endgültig ist. Das ist der Fall, wenn entweder der Gläubiger dem Schuldner den Verzicht auf die Forderung erklärt hat oder wenn der Verlust sich aus einer gerichtlichen Feststellung (Konkursverfahren, Vergleichsverfahren, Fruchtlosigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens) von selbst ergibt[2]. Steht somit fest, daß eine Forderung uneinbringlich ist, so ist keine Rückstellung, sondern eine Wertberichtigung zu bilden[3]. Eine Wertberichtigung stellt eine Nachverrechnung von bereits eingetretenen Verlusten dar[4].

Die Wirtschaftswissenschaft sieht also eine Forderung nur dann als uneinbringlich an, wenn mit Sicherheit feststeht, daß die Forderung nicht realisiert werden wird. Diese Uneinbringlichkeit betrachtet sie als Schaden.

Anders ist es bei zweifelhaften Forderungen, von denen man nicht mit Sicherheit sagen kann, daß der Nennbetrag nicht eingehen wird. In der Bilanz wird die Zweifelhaftigkeit einer Forderung durch eine sogenannte "Delkredere-Rückstellung" berücksichtigt, da der Eintritt eines noch

---

1) Fürst S. 179.
2) Heinen S. 162; Fürst S. 177.
3) Wöhe, Betriebsw. Steuerl. I. S. 392.
4) Wöhe, Betriebsw. Steuerl. I S. 296.

ungewissen, drohenden Verlustes[1] für möglich gehalten wird. Als Folge des Niederstwertprinzipes müssen noch nicht realisierte, aber mögliche Verluste in der Bilanz bereits so ausgewiesen werden, als handele es sich um echte Verluste[2]. Aus diesem Grunde werden Delkredere-Rückstellungen bisweilen als "wahrscheinliche Forderungsverluste" bezeichnet[3]. Es findet sich auch der Hinweis, daß es sich bei dem Ausweis einer zweifelhaften Forderung, die einen sogenannten "negativen Erfolg" erwarten läßt, um eine "Verlustantizipation"[4] handelt, also um die Vorwegnahme eines erst später tatsächlich eintretenden Verlustes.

Hier wird deutlich, daß man gerade nach der von den wirtschaftswissenschaftlichen Autoren geübten wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei einer zweifelhaften Forderung nur von einem noch nicht realisierten, ungewissen, möglichen, wahrscheinlichen, drohenden Verlust bzw. Schaden sprechen kann, der in der Bilanz antizipiert, also vorweggenommen wird, keineswegs aber von einem bereits tatsächlich eingetretenen Verlust oder Schaden. Der tatsächliche Eintritt eines Verlustes und Schadens wird erst bei endgültigem Nichteingehen des Forderungsnennbetrages angenommen und nicht schon dann, wenn erkennbar wird, daß ein solcher Verlust möglich ist und wenn ein Delkredere gebildet wird[5].

Diese doch wohl sicher wirtschaftliche Betrachtungsweise stimmt, wie man sieht, mit der sich wirtschaftlich nennenden Betrachtungsweise der h.M. nicht überein.

Auch der Reichsfinanzhof sieht in einigen Urteilen in einer zweifelhaften Forderung nur einen voraussichtlich eintretenden Verlust und nimmt erst einen tatsächlichen Ver-

---

1) Wöhe, Betriebsw. Steuerl. I S. 296 u. 392.

2) Wöhe, Betriebsw. Steuerl. I S. 253, 368, 392; Hax JuS 1964, 135.

3) Heinen S. 162; Fürst S. 180.

4) Leffson S. 183; Hax JuS 1964, 135.

5) Fürst S. 177; Wöhe, Betriebsw. Steuerl. I S. 296.

lust an, wenn bei Fälligkeit nicht gezahlt wird. Das ergibt sich aus folgenden Urteilszitaten: "Eine Erwerbsgesellschaft hat die Wahl, entweder die Ausfälle bei ihren Forderungen jeweils bei Eintritt der Verluste zu verbuchen oder jährlich ein den voraussichtlich eintretenden Verlusten entsprechendes Delkrederekonto zu bilden."[1] - "Das Delkredere wird am richtigsten gebildet, wenn bei den einzelnen Forderungen geprüft wird, welche Verluste zu erwarten sind."[2]

(dd) Zustimmung in der strafrechtlichen Literatur

Selbst in der strafrechtlichen Literatur gibt es Stimmen, die beim Kreditbetrug im Augenblick der Verfügung keinen Vermögensschaden annehmen. A. Merkel[3] und Gryziecki[4] kamen (von der juristischen Vermögenslehre her) zu dem Ergebnis, der Getäuschte sei nur insofern verletzt, als er unter Verhältnissen zu kreditieren veranlaßt werde, welche das ihn befriedigende und von ihm vorausgesetzte Maß von Sicherheit nicht gewähren. Dies sei nur eine rein ideelle Verletzung, kein materieller Verlust, wie er vom Tatbestand des § 263 StGB verlangt werde. Die bloße Bewirkung einer Dependenz der künftigen Befriedigung des Kreditgebers von Ereignissen, welche ausbleiben, aber auch eintreffen können, sei zwar eine Gefährdung, aber keine wirkliche Schmälerung des Vermögens des Gläubigers[5].

Jedenfalls wird man dem Satz Gryzieckis und Kronachers[6] zustimmen müssen, daß beim Eintritt eines solchen Ereignisses - der Befriedigung - der Gläubiger natürlich durchaus keinen materiellen Nachteil davonträgt und deshalb eine Vermögensbeschädigung nicht stattgefunden hat.

---

1) RFH RStBl 1933, 1036, zit. bei Brönner, S. 598.
2) RFH StuW 1936 Nr. 279 zit. bei Brönner, S. 598.
3) A. Merkel, Krim Abh. II S. 242.
4) Gryziecki S. 105.
5) Gryziecki S. 105; Kronacher S. 7
6) a.a.O.

Kronacher[1] meint, daß beim Kreditbetrug nur eine eventuelle Beeinträchtigung der Vermögenslage und damit nur eine bloße Gefährdung, keine wirkliche Verletzung fremden Vermögens vorliege.

Johannes Merkel[2] lehnt beim Kreditbetrug einen Vermögensschaden ab, weil der Möglichkeit einer Schädigung die Möglichkeit des vollen Ersatzes gegenüberstehe und sich deshalb lediglich eine Vermögensgefährdung konstatieren lasse, die einem Schaden nicht gleichstehen könne. J. Merkel will jedoch in zwei Fällen eine Ausnahme machen und einen Schaden annehmen: a) wenn der Kreditnehmer weder im Besitze irgendwelcher Mittel ist noch die geringste Aussicht auf deren Erlangung hat[3] und b) wenn die erst später fällig werdende Forderung völlig wertlos ist, weil die Tatsache, daß sie am Fälligkeitstage nicht beglichen werden kann, vollkommen feststeht.

Der Ausnahmefall a) bedeutet eine starke Einschränkung der Auffassung der h.M., indem nicht auf einen fiktiven Veräußerungswert der Forderung abgestellt wird, sondern nur dann ein Schaden bejaht wird, wenn nicht die geringste Aussicht auf Erfüllung besteht, nicht hingegen schon, wenn die Forderung zweifelhaft ist. Nach der hier vertretenen Auffassung kann im Fall a) noch kein Schaden festgestellt werden, weil selbst dann, wenn keine Aussicht auf Erfüllung besteht, eine tatsächliche Erfüllung und damit das Zufließen eines Äquivalents an den Gläubiger nicht ausgeschlossen ist.

Anders ist es im Ausnahmefall b). Wenn die Tatsache, daß die Forderung am Fälligkeitstage nicht oder nicht voll beglichen wird, vollkommen feststeht, handelt es sich um eine uneinbringliche Forderung im oben fixierten Sinne. Fall b) kann vorliegen, wenn gegen den Schuldner ein Konkurs- oder

---

1) Kronacher S. 8.

2) J. Merkel S. 37.

3) J. Merkel S. 37.

Vergleichsverfahren schwebt und eine geringe Quote sicher ist. Dann ist die vollständige Zahlung des Forderungsbetrages ausgeschlossen und ein Schaden kann angenommen werden.

Hälschner[1] ist der Ansicht, daß das Erschleichen eines Kredits, der ohne Täuschung über die Vermögensverhältnisse und Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht würde bewilligt worden sein, nicht schon an sich selbst als eine Beschädigung des Vermögens betrachtet werden könne. Ein geringeres Maß der Sicherheit als das vom Gläubiger vorausgesetzte und erwartete sei nicht schon selbst eine Vermögensbeschädigung.

Jedenfalls für den Kreditkauf bejaht R. Schmidt[2] einen Vermögensschaden nur, wenn bei Fälligkeit die Gegenleistung nicht erbracht wird. Er führt aus: "Hier (scil. beim gegenseitigen Vertrag) tritt eine Schädigung erst dann ein, wenn nach einseitiger Vertragserfüllung des auf die Leistungsfähigkeit des anderen rechnenden Kontrahenten die Gegenleistung ausbleibt. Andernfalls verwirklicht sich kein Betrug."

c) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schadensfeststellung

Wenn im Zeitpunkt der Kreditaufnahme - der Vermögensverfügung - ein Vermögensschaden nicht festgestellt werden kann, weil das eigentliche Äquivalent für die Hingabe des Darlehens bzw. der Ware noch aussteht, sein zukünftiger Eingang aber möglich ist, dann fragt es sich, ob eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Fälligkeit als Vermögensschaden angesehen werden kann. Der Wortlaut des § 263 StGB: "Wer ... das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er ... einen Irrtum erregt oder unterhält", steht der Auffassung nicht entgegen, daß der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung eines Schadens beim Kreditbetrug der

---

1) Hälschner S. 253.

2) R. Schmidt S. 250 Anm. 1.

Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung ist. Jedenfalls läßt sich aus dem Wortlaut des Paragraphen nicht ableiten, daß es einzig und allein auf den Zeitpunkt der Verfügung ankomme, wie die herrschende Meinung annimmt.

Irgendeine logische Begründung dafür, daß Vermögensbeschädigungen, die erst einige Zeit nach der Verfügung des Getäuschten eintreten, nicht mehr als tatbestandsmäßig berücksichtigt werden dürfen, gibt die herrschende Meinung nicht.

Wenn die h.M.[1] ihre Ansicht erläutert, indem sie sagt, weil der Kreditbetrug ein "Eingehungsbetrug" sei, der nicht bei der Erfüllung, sondern nur bei der Eingehung eines Rechtsgeschäfts begangen werden könne, komme es allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, so ist dies keine Begründung. Es wird nicht gesagt, aus welchen Gründen man überhaupt von einem "Eingehungsbetrug" sprechen kann.

Hauptsächlich stützt sich die h.M. auf das von ihr entwickelte Erfordernis der "Unmittelbarkeit". Die Vermögensverfügung müsse als unmittelbare Folge eine Vermögensbeschädigung nach sich ziehen[2]. Für die Schadensfeststellung seien nur die Verhältnisse des Getäuschten unmittelbar vor und unmittelbar nach dem Vertragsschluß in Betracht zu ziehen[3]. Auch die Entscheidungen[4], die nur von einem Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Verfügung sprechen, wollen sich offenbar im Sinne der Unmittelbarkeit verstanden wissen.

Das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Schadens erscheint nur dann sinnvoll, wenn es zur Abgrenzung des Betruges von den Wegnahmedelikten dient. Nur in diesem Sinne

---

1) Bockelmann ZStW 1967, 35; Goldschmidt ZStW 48, 161.
2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 44 u. 97; Maurach § 38 II B 3 a; Welzel § 54 I 3.
3) 2. Referent GS 43, 431.
4) RGSt 64, 182; BGH NJW 1964, 874.

kann man sagen, daß nur eine Disposition, die unmittelbar eine Schädigung auslöst, einen Betrug begründet, während ein Handeln oder Unterlassen, das die vermögensschädigenden Folgen nur mittelbar nach sich zieht - insbesondere nach Einschaltung einer weiteren deliktischen Handlung - in der Regel ein Wegnahme- und kein Dispositionsdelikt begründet[1]. Daß die Verfügung die Vermögensminderung unmittelbar bewirkt haben muß, besagt also nur, daß es nicht genügt, wenn der Getäuschte dem Täter die Gelegenheit gibt, durch eine weitere eigene Handlung den Schaden herbeizuführen, schließt dagegen nicht aus, daß sich zwischen die Handlung des Getäuschten und den endgültigen Eintritt des Schadens Zwischenglieder einschieben[2]. "Unmittelbar" bedeutet also nur: ohne weitere Handlungen des Täters, nicht aber: ohne zeitlichen Zwischenraum. Für die Forderung, der Schaden müsse der Verfügung zeitlich unmittelbar nachfolgen, gibt es keinerlei zwingenden oder einleuchtenden Grund. Insbesondere kann ein solches Erfordernis aus dem Wortlaut des § 263 StGB nicht entnommen werden.

Sprechen aber keine zwingenden dogmatischen Gründe für die herrschende Lehre, so kann man sie, wie auch Pröll[3] es tat, ablehnen, denn irgendein Zeitpunkt oder Zeitraum, in dem der tatbestandsmäßige Erfolg eintreten müßte, ist beim Betrug ebensowenig vorgeschrieben wie bei den übrigen Delikten. Daß der Erfolg zeitlich sehr spät nach den veranlassenden Umständen eintritt, ist bei den Verbrechen, deren Tatbestand überhaupt ein zeitliches und begriffliches Auseinanderfallen von der Handlung des Täters und dem Erfolg zuläßt, den sogenannten "Erfolgsdelikten", eine überaus häufige Erscheinung. Man denke nur daran, daß eine in Tötungsabsicht zugefügte Körperverletzung erst lange Zeit nach der Tat zum Tode des Opfers führen kann und der Täter trotzdem wegen Totschlags bestraft wird. Bei einem

---

1) Maurach § 38 II B 3 a; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 44.
2) OLG Köln JMBl NRW 1962, 176; Maurach BT § 38 II B 3 a.
3) Pröll GA 66, 152.

derartigen Zeitunterschied schieben sich zwischen die Handlung des Täters und den tatbestandsmäßigen Erfolg tatsächlich eine Reihe von zufälligen oder notwendigen Zwischenwirkungen ein, die den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Täters und dem Erfolg herstellen. Die Handlung des Getäuschten, die Vermögensverfügung, ist beim Betrug eine solche Zwischenwirkung, die zwischen der Handlung des Täters und dem in der Vermögensbeschädigung bestehenden Erfolg den ursächlichen Zusammenhang herstellt, und zwar trotz der Übergehung im gesetzlichen Tatbestand des § 263 gewiß eine notwendige Zwischenwirkung, da der Irrtum des Getäuschten als innerer Vorgang nicht unmittelbar den der Außenwelt angehörenden Erfolg, die Vermögensbeschädigung, bewirken kann. Das ist aber auch alles. Mag die Handlung des Getäuschten auch eine notwendige Zwischenwirkung, somit ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Betruges sein, so ist es dennoch willkürlich, zu verlangen, der Erfolg müßte zeitlich unmittelbar nach dieser Zwischenwirkung eintreten. So gut wie anerkanntermaßen zwischen der Handlung des Täters - Täuschung - und der des Getäuschten - Verfügung - kann beim Betrug auch ein längerer Zwischenraum zwischen der Handlung des Getäuschten und dem Eintritt der Vermögensbeschädigung liegen[1]. Diesen Ausführungen Prölls kann uneingeschränkt gefolgt werden.

Man kann also festhalten: Als tatbestandsmäßiger Erfolg des Betruges muß auch eine solche Vermögensbeschädigung gelten, die zeitlich nicht unmittelbar nach der Handlung des Getäuschten eintritt.

Erforderlich ist einzig und allein der Kausalzusammenhang zwischen Verfügung und Schädigung, die der Verfügung logischerweise nachfolgen muß. Insofern kann rein von der Ausdrucksweise, wenn auch nicht von der Auffassung her den Vertretern der herrschenden Meinung[2] zugestimmt werden, die

---

1) Pröll GA 66, 152 f.

2) RGSt 44, 235; 68, 380; RG LZ 1916, 228; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; Bockelmann NJW 1961, 147.

für die Schadensfeststellung den Wert heranziehen, den das Vermögen des Opfers nach und infolge der durch Irrtum beeinflußten Vermögensverfügung hat. Der Ausdruck "nach und infolge" deutet lediglich auf das Erfordernis der Kausalität zwischen Verfügung und Schaden hin.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang, daß der 1. Referent der Berichte, die dem Beschluß der Vereinigten Strafsenate vom 20. April 1887[1] zugrunde lagen, auch lediglich einen Kausalzusammenhang zwischen Verfügung und Schaden für erforderlich hält. Im einzelnen führt er aus: ".... fällt daher jede Verminderung des Geldwertes des Vermögens unter den Begriff der Vermögensbeschädigung, die sich in natürlichem Kausalzusammenhange mit der Täuschungshandlung befindet, oder, vom Standpunkte des Strafprozesses gesprochen, bei der sich ein Kausalzusammenhang im natürlichen Sinne nachweisen läßt; wie viele Zwischenursachen mitwirken mußten, ist gleichgültig. In gewisser Hinsicht ist der Schaden beim Betruge sogar immer ein mittelbarer, da die Täuschungshandlung den Getäuschten immer erst zu einer Disposition bestimmen muß, und erst aus dieser der Schaden entsteht"[2]. Auch der 2. Referent weist darauf hin, daß der § 263 zwischen den Merkmalen der Täuschung und der Vermögensbeschädigung keine weitere Relation als die der Kausalität fordert[3].

Gerade auf den von den beiden Referenten vorbereiteten Beschluß stützen sich die Vertreter der herrschenden Meinung und erkennen ihn als grundlegend für ihre Vermögensgefährdungslehre an.

Der Grundsatz der Kausalität zwischen Verfügung und Schaden besagt aber nicht, daß jede Entwicklung der Dinge erst abgewartet werden muß, um einen endgültigen Schaden feststellen zu können. Sobald einmal ein Schaden festgestellt werden kann, muß die weitere Entwicklung außer Betracht

---

1) RGSt 16, 1 ff.
2) 1. Referent GS 43, 369 f.
3) 2. Referent GS 43, 437.

bleiben. Ein Schaden kann nur im Zeitpunkt der Realisation der Forderung festgestellt werden, weil das Äquivalent für die Leistung des Gläubigers nicht die Forderung, sondern der Realisationsbetrag der Forderung ist[1].

Eine nachträgliche Wiederherstellung des ursprünglichen Vermögensbestandes kann den einmal eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolg nicht ungeschehen machen, denn auch eine vorübergehende Beeinträchtigung des Vermögens ist ein Vermögensschaden[2]. Allerdings wird es sich auf das Strafmaß auswirken, wenn der Schaden kein dauernder, sondern nur ein vorübergehender ist.

Also besteht kein Hindernis, beim Kreditbetrug einen Vermögensschaden anzunehmen, wenn der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsunfähig ist und der Gläubiger nicht die Möglichkeit hat, das ihm nach dem Kreditvertrage für seine Leistung zustehende Äquivalent zu bekommen. Ein Vermögensschaden liegt hingegen noch nicht vor, wenn es beim Vertragsschluß als höchstwahrscheinlich oder möglich erscheint, daß der Schuldner bei Fälligkeit nicht werde zahlen können.

d) Zusammenfassung zum Vermögensschaden beim Kreditbetrug

Folgendes Ergebnis soll festgehalten werden:

Beim Kreditbetrug ist im Augenblick der Kreditgewährung kein Vermögensschaden feststellbar, weil die vertragsmäßige Leistung, die der Gläubiger auf Grund seiner Kreditgewährung erwarten darf, noch aussteht. Die Forderung kann, weil sie ihrer Natur nach nicht befähigt ist, endgültig im Vermögen des Gläubigers zu bleiben, nicht für sich allein als Äquivalent für die Kreditgewährung angesehen werden. Das Äquivalent ist vielmehr das, was an ihre Stelle tritt:

---

1) s.o.S. 47 f.

2) Pröll GA 66, 164

der Realisationsbetrag durch Zahlung des Schuldners bei Fälligkeit oder durch Zahlung eines Dritten bei Veräußerung der Forderung an diesen. Die Forderung ist nur ein vorläufiges, stellvertretendes Äquivalent. Sie ist ein Rechtsgebilde, das erst dann Vermögenswert erhält, wenn es realisiert wird. Bilanzielle Werte einer Forderung sind nicht reale, sondern fiktive Werte.

Bis zu der Realisation ist bei einem zweifelhaften Schuldner eine zukünftige Schädigung möglich und nicht unwahrscheinlich. Es besteht also eine echte Vermögensgefährdung, die aber kein Vermögensschaden sein kann. Dieser Zustand der Vermögensgefährdung, der bis zur Realisation besteht, entspricht der typischen Situation des Versuchs: Der Täter hat seine Ausführungshandlung, die Täuschung, nicht nur begonnen, sondern sogar vollendet, aber der schädigende Erfolg ist noch nicht eingetreten. Wenn der Täter den erforderlichen Vorsatz hatte, kann er wegen versuchten Betruges bestraft werden.

Versuchter Betrug liegt bei entsprechendem Vorsatz des Täters auch dann vor, wenn der Kreditgeber wider Erwarten bei Fälligkeit durch Zahlung des Schuldners oder bei einer Abtretung durch Zahlung des Zessionars den vollen Nennbetrag der Forderung erhält, wenn also tatsächlich ein Schaden nicht eintritt.

Erhält hingegen der Kreditgeber bei Fälligkeit oder Abtretung nicht das vertragliche Äquivalent, d.h. den Nennbetrag der Forderung, so liegt ein vollendeter Betrug vor, denn dann steht fest, daß der Gläubiger kein volles wirtschaftliches Äquivalent für seine Leistung erhalten hat.

e) Schädigungsvorsatz

Der Schädigungsvorsatz beim Kreditbetrug ist, wenn man der Ansicht der h.M. folgt, nicht unproblematisch. Sie sieht den Schaden in einer "Gefährdung", die darin liegt, daß eine zweifelhafte Forderung nach allgemeiner Verkehrsanschauung objektiv weniger wert sei als ihr Nennbetrag und daß sie deshalb kein volles Äquivalent für die von dem Gläubiger erbrachte Leistung bilde. Demnach müßte der Täter wissen und wollen, daß die Forderung gegen ihn einen Minderwert hat, bzw. dies vorhersehen, in Kauf nehmen und billigen.

So folgt nach Bockelmann[1] aus der Schadensauffassung der h.M., "daß unter dem Schädigungsvorsatz des Schuldners nichts weiter zu verstehen ist als eben der Vorsatz einer solchen Gefährdung. Weiß also der Schuldner, daß er den Gläubiger gefährdet - und er weiß es jedesmal, wenn er die Umstände kennt, aus denen die Gefährdung folgt, also die Wertmängel seiner Sicherheiten oder die Unsicherheit der geplanten Geschäfte, aus denen er sich künftigen Gewinn erhofft usw. - so handelt er mit Schädigungsvorsatz, und die bloße Hoffnung des Kreditnehmers, es werde alles gut ablaufen, mag sie noch so aufrichtig und brennend sein, schließt den Schädigungsvorsatz nicht aus."

Der Schädigungsvorsatz beim Kreditbetrug ist nicht unbestritten bzw. wird nicht einheitlich umgrenzt. Goldschmidt[2] beispielsweise, der ein Vertreter der h.M. ist, fordert keinen Vorsatz hinsichtlich des Minderwertes der Forderung. Seiner Meinung nach umfaßt der Schädigungsvorsatz des Kreditbetruges das zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Bewußtsein des Täters:

"a) daß er voraussichtlich am Verfalltage zahlungsunfähig sein oder sich der Leistung mit Erfolg entziehen werde, im Falle der Stundung insbesondere, daß voraussichtlich nach Ablauf der Stundungsfrist die Bedingungen für die Ein-

1) Bockelmann ZStW 1967, 47.
2) Goldschmidt ZStW 48, 166.

bringung der Forderung ungünstigere sein werden als zur Zeit ihrer ursprünglichen Fälligkeit; ferner

b) daß zur Sicherung des Gläubigers gegebene Sicherheiten die zu sichernde Forderung nicht decken.

Beide Bewußtseinsinhalte müssen gegebenenfalls kumulativ vorliegen. Glaubt der Schuldner entweder, daß er am Verfalltage zahlen werde oder nimmt er an, daß der Gläubiger aus den gegebenen Sicherheiten seine volle Befriedigung erlangen werde, so fehlt es an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz."

Diese Ausführungen Goldschmidts entsprechen nicht der h.M., zu deren Vertretern Goldschmidt gehört, sondern der hier vertretenen Schadensauffassung. Wenn der Schädigungsvorsatz lediglich das Bewußtsein umfaßt, der Gläubiger werde voraussichtlich nicht befriedigt werden, so muß doch auch der Schaden in einer Nichtbefriedigung des Gläubigers gesehen werden und nicht in dem Minderwert der Forderung, der offenbar nach Goldschmidts Ansicht vom Schädigungsvorsatz nicht einbezogen wird.

Dasselbe gilt von der Auffassung Köstlins[1]. Er meint, auch ein eventueller dolus genüge, namentlich beim Krediterschleichen durch Täuschung mit dem Bewußtsein, daß man leicht in den Fall kommen könne, zur Realisierung der Absicht der Heimzahlung nicht im Stande zu sein.

A. Merkel[2], Hälschner[3] und Gryziecki[4] sind der Ansicht, daß beim Kreditbetrug kein Schädigungsvorsatz gegeben sei. Sie meinen, daß der Kreditbetrug nur zu einer Vermögensgefährdung führen könne und greifen die Identifizierung von Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz an mit der Begründung, ein Gefährdungsvorsatz berge keineswegs einen dolus eventualis in sich, der auf Verletzung gerichtet sei. Bei der bloßen Gefährdung fremden Vermögens werde häufig

---

1) Köstlin Abh. S. 156.
2) A. Merkel Krim Abh. S. 124 f.
3) Hälschner S. 253.
4) Gryziecki S. 124.

an einen möglicherweise eintretenden Vermögensschaden gar nicht gedacht oder, wenngleich gedacht, so doch dieser Erfolg nicht gewollt. Man könne das Nichtwollen nicht dem Wollen gleichstellen[1]. Das Verhalten des Täuschenden sei nicht in Bezug auf den Schaden vorsätzlich, sondern lediglich in Bezug auf die Abhängigkeit, in welche er die Integrität des fremden Vermögens wider den Willen des Berechtigten von künftigen Ereignissen gebracht hatte, die ebenso eintreten wie auch nicht eintreten könnten und die außerhalb des Machtbereichs des Kreditgebers lägen[2]. Der Täter habe lediglich das Bewußtsein, dem Gläubiger ein geringeres Maß an Sicherheit als das vorgespiegelte zu bieten, und dieses Bewußtsein sei von einem auf Beschädigung gerichteten dolus eventualis wesentlich verschieden[3].

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als Verletzungs- und Gefährdungsvorsatz nicht identisch sind und ein Gefährdungsvorsatz einen Verletzungsvorsatz nicht beinhaltet. Ein Gefährdungsvorsatz schließt einen eventuellen Schädigungsvorsatz aber auch nicht aus. Zwar kann man nicht sagen, jemand habe eventuellen Schädigungsvorsatz, weil er Gefährdungsvorsatz habe. Die Gefährdung ist das Durchgangsstadium und die Vorstufe der Schädigung. Deshalb ist es durchaus möglich, daß jemand das vom Willen getragene Bewußtsein hat, das Vermögen eines anderen zu gefährden, daß er aber auch die Möglichkeit einer anschließenden Schädigung sieht, sie in Kauf nimmt und billigt. Ein eventueller Schädigungsvorsatz beinhaltet einen Gefährdungsvorsatz und schließt ihn nicht aus. Der Gefährdungsvorsatz ist dann subsidiär.

Der Täter muß diejenigen Tatsachen direkt oder eventuell gewollt haben, die strafrechtlich die Vermögensbeschädigung

---

1) Gryziecki S. 124.

2) A. Merkel Krim. Abh. S. 124 f.

3) Hälschner S. 253.

begründen. Er muß also die Tatumstände gekannt haben, die zu einem Schaden des Gläubigers führen konnten, und er muß den Eintritt des Schadens gewollt bzw. ihn vorausgesehen, in Kauf genommen und gebilligt haben. Hat er darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten, so trifft ihn nur der Vorwurf bewußter Fahrlässigkeit, der für eine Bestrafung wegen versuchten oder vollendeten Betruges nicht ausreicht.

Bei einem Schaden des Gläubigers dadurch, daß er die Forderung abtritt und nicht den vollen Betrag erhält, ist zu beachten, daß in manchen Fällen der Schädigungsvorsatz des Täters fehlen wird. Selbst wenn der Täter nicht damit rechnet, bei Fälligkeit zahlen zu können, und einen auf diese Art und Weise eintretenden Schaden billigt und in Kauf nimmt, wird er vielfach an einen Schaden des Gläubigers dadurch, daß dieser die Forderung abtritt und dafür nur einen unter dem Nennwert der Forderung liegenden Erlös erzielt, gar nicht denken und eine solche Schädigung jedenfalls nicht wollen und auch nicht billigend in Kauf nehmen. Jedoch wird man das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Vorsatzes in Bezug auf die Nichtzahlung bei Fälligkeit als Indiz ansehen müssen für die Feststellung, ob der Täter den Vorsatz hatte, den Gläubiger durch einen Mindererlös der Forderung bei einer Abtretung zu schädigen. Hier sind die Umstände des Einzelfalles entscheidend.

Die Grenzen zwischen bewußter Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz sind mitunter schwer zu ziehen. Der bedingt vorsätzlich Handelnde nimmt das Risiko des Schadenseintritts deshalb in Kauf, weil er, wenn er anders nicht zum Ziel gelangen kann, es auch durch ein vielleicht nicht gerade erwünschtes Mittel erreichen will. Er sagt sich: "Ich handele auf alle Fälle, selbst wenn möglicherweise ein Schaden eintritt." Es muß sorgfältig geprüft werden, welche Gedanken sich der Täter in seiner Laienschau über die äußeren Tatbestandsmerkmale gemacht hat und von welchen Vorstellun-

gen er bestimmt worden ist[1]. In der Praxis wird das oft nicht genügend beachtet.

f) Absicht rechtswidriger Bereicherung

Der Täuschende muß in der Absicht handeln, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ein Vermögensvorteil ist jede Vermehrung des wirtschaftlichen Gesamtvermögenswertes. Der Vermögensvorteil beim Betrug ist das Gegenstück zum Vermögensschaden auf seiten des Geschädigten. Vermögensschaden und Vermögensvorteil müssen einander entsprechen. Zwischen Vermögensschaden und -vorteil muß sogenannte Stoffgleichheit bestehen. Der Täter muß den Vorteil unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten in der Weise anstreben, daß der Vorteil die Kehrseite des Schadens ist. Vorteil und Schaden müssen durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden[2].

Hier wird noch einmal deutlich, daß in einer Vermögensgefährdung kein Vermögensschaden gesehen werden kann. Denn was soll auf der Schuldnerseite das Gegenstück, die entsprechende, stoffgleiche Kehrseite der Gefährdung sein? Eine Gefährdung kann mit einer Bereicherung in keinem Zusammenhang stehen[3]. Sie kann dem Schuldner keinen Vermögensvorteil verschaffen. Insbesondere kann man nicht wie Maurach[4] sagen, dem Begriff der Vermögensgefährdung auf Seiten des Geschädigten entspreche auf der Täterseite die Vermögenssicherung. Beim Kreditbetrug steht nicht die Sicherung des bereits vorhandenen Vermögens des Täters in Frage, sondern eine Vermögensvermehrung desselben, und nur sie wird erstrebt. Durch die Kreditgewährung wird das bereits vorhandene Vermögen des Kreditnehmers in

1) Seibert NJW 1956, 1467; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 120.

2) vgl. zu diesen Fragen im einzelnen: BGHSt 6, 116; OLG Hamm JMBl NRW 1964, 33; OLG Braunschweig NJW 1961, 1273; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 122 f.

3) Eckstein GS 78, 153.

4) Maurach § 38 II C 1.

den meisten Fällen nicht sicherer als es vorher war.

Die herrschende Meinung sieht beim Kreditbetrug den Schaden darin, daß der Gläubiger eine Forderung bekommen habe, die weniger wert sei als die eigene Leistung. Folglich müßte die h.M. die Bereicherung des Schuldners in dem Betrag sehen, um den der Wert der Leistung des Gläubigers den Wert der Schuld übersteigt. In diesem Sinne führt das Reichsgericht[1] aus, daß bei einem Kauf oder Darlehen die Frage, ob der Täuschende durch den Vertragsschluß einen Vermögensvorteil erlangt habe, nur mit Berücksichtigung des Wertes derjenigen Leistung, zu welcher er sich verpflichtete, und durch Vergleichung dieses Wertes mit dem Werte der Leistung, auf welche er ein Recht erwarb, beantwortet werden könne. Leistung und Gegenleistung müßten ihrem Wert nach gegeneinander abgewogen werden[2].

Hier ist eine kritische Untersuchung angebracht. Ist der Schuldner kapitalkräftig, so hat nach der h.M. der Gläubiger keinen Vermögensschaden erlitten und folglich der Schuldner keinen Vermögensvorteil erstrebt. Durch die Leistung des Gläubigers, für sich genommen, ist aber ein unsicherer Schuldner genauso bereichert wie ein völlig sicherer Schuldner. Dieser Bereicherung steht eine Belastung des Vermögens des Schuldners in Höhe des Nennbetrages der Forderung gegenüber. Diese Belastung trifft das Vermögen des unsicheren Schuldners in gleicher Weise wie das Vermögen des sicheren Schuldners. Die rechtliche Verpflichtung zur Zahlung an den Gläubiger besteht für beide. Sie besteht für den unsicheren Schuldner nicht weniger als für den sicheren. Wirtschaftlich gesehen ist das Vermögen eines unsicheren Schuldners genauso viel oder wenig durch die Leistung des Gläubigers bereichert wie das des sicheren. Man kann nicht sagen, das Vermögen des unsicheren Schuldners habe im Vergleich zu dem Vermögen des sicheren Schuldners

---

1) RGSt 17, 234 f.

2) RGSt 50, 279.

einen Wertzuwachs erfahren, nur weil er wirtschaftlich unsicher ist und eine Forderung gegen ihn - so die h.M. - nicht vollwertig sei. Eine solche angeblich nicht vollwertige Forderung würde doch für den Schuldner dieselbe Belastung darstellen, wie eine "vollwertige" Forderung. Die Höhe des Passivvermögens eines Schuldners vermindert sich nicht dadurch, daß er kreditunwürdig ist.

Nimmt man aber, wie in dieser Arbeit, einen vollendeten Kreditbetrug nicht schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung, sondern erst bei Nichtrealisierbarkeit des Forderungsbetrages an, so hat man keine Schwierigkeiten, einen vom Täter erstrebten Vermögensvorteil festzustellen.

Nur auf diese Schadensauffassung passen die recht treffenden Ausführungen des Reichsgerichtsurteils. Jemand, der für eine Ware eine Summe verspricht, beabsichtigt, einen Vermögensvorteil zu erlangen, wenn er sich durch den Kaufabschluß Besitz oder Eigentum an der Sache verschaffen will und seine Absicht gleichzeitig darauf gerichtet ist, den Kaufpreis nicht zu zahlen. Die Verpflichtung zur Zahlung ist zwar vorhanden, aber die Absicht umfaßt ihre Erfüllung nicht, sondern geht lediglich auf Erwerb der Sache ohne Entgelt, und ein Erwerb ohne Entgelt bildet einen Vermögensvorteil. Einen Vermögensvorteil erlangt also, wer sich vertragsgemäß eine Leistung erbringen läßt, seinerseits jedoch nicht leistet, was er versprach[1].

Kann der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahlen, so entsteht in diesem Augenblick dem Gläubiger ein Schaden, weil er für seine Leistung das vertragsmäßige Äquivalent nicht bekommt. Gerade dieser Schaden bewirkt den vom Schuldner beabsichtigten Vermögensvorteil, der darin liegt, daß er bei Fälligkeit nicht leistet, was er leisten muß. Der Schuldner hat bei Fälligkeit der Schuld eine Leistung des Gläubigers in seinem Vermögen, für die er seinerseits nicht die versprochene Gegenleistung erbracht hat. Bis zur Fällig-

1) RGSt 17, 237; RG HRR 1940 Nr. 1270.

keit hingegen hat er keinen Vorteil, weil er nach dem Vertrage bis zu diesem Zeitpunkt eine Leistung nicht zu erbringen brauchte.

2. Kreditbetrug infolge fehlenden Zahlungswillens

Bisher wurde zum Schaden beim Kreditbetrug die Ansicht der h.M. erörtert, daß eine Forderung dann minderwertig sei, wenn bei Vertragsschluß nicht sicher ist, daß der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsfähig sein werde. Nun ist noch zu untersuchen, wie die h.M. fehlenden Zahlungswillen des Schuldners bei Vertragsschluß in Bezug auf den Wert der Forderung betrachtet.

Der BGH[1] hat in einem Urteil entschieden, daß dann, wenn der Zahlungswille des Schuldners fehle, die Darlehnsforderung gewöhnlich gefährdet sei, weil der - rechtzeitige und vollständige - Eingang der Darlehnssumme fast immer durch den schlechten Willen des Schuldners beeinträchtigt werde. Deshalb entstehe dem Gläubiger ein Nachteil, wenn der Rückzahlungswille von vornherein fehle. Die durch eine solche Einstellung des Schuldners hervorgerufene Unsicherheit hinsichtlich des künftigen vertragsmäßigen Eingangs der Darlehnssumme mindere den Wert des Rückzahlungsanspruchs und bedeute eine gegenwärtige Vermögensschädigung. Auch in der früheren Rechtsprechung[2] findet sich diese Ansicht.

Ähnlich argumentiert Maurach[3], wenn er meint, die Möglichkeit baldiger erfolgversprechender Beitreibung der Forderung stehe dem Eintritt des Vermögensschadens nicht ent-

---

1) BGHSt 15, 28 = NJW 1961, 183 = MDR 1960, 941.

2) OLG Hamburg DR 1940, 73.

3) Maurach BT § 38 II B 4 c bb 2.

gegen. Auch Schönke-Schröder[1], Frank[2] und Liszt-Schmidt[3] und Cramer[4] nehmen in derartigen Fällen einen Schaden an mit der Begründung, daß die Forderung wegen der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners unsicher sei, desgleichen Mittelbach[5], der eine Forderung, die im Wege des Prozesses und der Zwangsvollstreckung eingetrieben werden muß, als minderwertig ansieht.

Ganz überwiegend wird aber von der h.M.[6] die Ansicht vertreten, daß mangelnder Zahlungswille eines zahlungsfähigen Schuldners nicht notwendig eine Verminderung oder Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der Forderung bedeute und deshalb in der Regel nicht zu einem Vermögensschaden führe. Einen zahlungsfähigen Schuldner könne man trotz seiner Zahlungsunwilligkeit zur Zahlung zwingen. Die Forderung könne, da sie mit Sicherheit einbringlich sei, nicht minderwertig sein. Die Aussicht des Gläubigers, auf den für ihn unangenehmen, aber erfolgversprechenden Weg der Zwangsvollstreckung angewiesen zu sein, mindere nicht den Wert seines Vermögens.

Ein Vermögensschaden sei erst dann anzunehmen, wenn zu der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners noch besondere Umstände hinzukämen, die die Aussicht des Gläubigers auf Befriedigung seiner Forderung und damit den Wert der Forderung mindern, etwa seitens des Schuldners eine Absicht der Vermögensverschiebung, der Veräußerung seiner Vermögenswerte, der Einkommensverschleierung, der anderweitigen Weggabe

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 83 u. 112.

2) Frank § 263 V 4.

3) Liszt-Schmidt § 139 II 1 S. 670.

4) Cramer S. 178.

5) Mittelbach JR 1958, 67.

6) RGSt 19, 188; 43, 172; RG Recht 23 (1919) Nr. 1221; RGLZ 1916, 227 f; RG GA 41, 142; RG JW 1924, 818; RG DR 1943, 74; RMG 16, 37 u. 135 f; BayObLG JR 1958, 66 = NJW 1957, 1566; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B a; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 a; Gutmann MDR 1963, 8; Bockelmann NJW 1961, 145; Goldschmidt ZStW 48, 162 f; Merkel HH III S. 768 f; Hirschberg S.310 Anm. 78 u. S. 336; Reuter S. 40; Kyll S. 20.

der Sicherheiten, des Beiseiteschaffens von dem Gläubiger zur Sicherung übereigneten Gegenständen, der heimlichen Ortsveränderung oder sonst irgendeine Absicht, die zwangsweise Befriedigung des Gläubigers durch Vollstreckung zu vereiteln[1]. Eine solche Absicht wird in der Regel zu der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners hinzukommen, es sei denn, er will aus irgendwelchen Gründen dem Gläubiger zwar nichts schuldig bleiben, seine Schuld aber nicht durch eigene Bemühung begleichen, sondern Maßnahmen des Gläubigers abwarten.

Nach der hier vertretenen Schadensauffassung ist die Streitfrage unerheblich. Ein Vermögensschaden tritt nur dann ein, wenn der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsunfähig ist, wenn also die Zwangsvollstreckung gegen einen nicht zahlungswilligen Schuldner fruchtlos verläuft. Ob der Schuldner bei Kreditaufnahme zahlungsunwillig ist oder die Absicht hat, die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung zu vereiteln, hat nur Bedeutung für die Frage, ob ein Schädigungsvorsatz und damit ein versuchter Betrug vorliegt. Ein Vermögensschaden wird durch derartige Absichten des Schuldners nicht begründet.

Ist aber der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung immer noch zahlungsunwillig und hat er seine Absichten, die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung zu vereiteln, durch eine Vermögensverschiebung, Vermögensverschleierung oder Identitäts- bzw. Aufenthaltsverheimlichung wahrgemacht, so ist dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, bei Fälligkeit ohne besonderes Risiko und große Verzögerung das zu erhalten, was ihm vertraglich zusteht. Ist der Schuldner bei Fälligkeit nur zahlungsunwillig, wohl aber zahlungsfähig, und trifft er keine Maßnahmen, die die Zwangsvollstreckung verhindern sollen, so hat der Gläubiger

---

1) BayObLG JR 1958, 66; Jagusch LK § 263 Anm. 11 c; Olshausen § 263 Nr. 20 II; Gutmann MDR 1963, 8; Bockelmann NJW 1961, 145; RGSt 43, 173; Goldschmidt ZStW 48, 163; Schwarz-Dreher § 263, 5 B a.

bei Fälligkeit die sichere Aussicht, den geschuldeten Forderungsbetrag einschließlich der Verzugszinsen, eines etwaigen weitergehenden Verzugsschadens und der aufzuwendenden Gerichtskosten und Auslagen zu erhalten. In dem Zwang, gegen den Schuldner im Prozeßwege vorgehen zu müssen, und in den mit jedem Prozeß verbundenen Beweisschwierigkeiten liegt kein Vermögensschaden[1]. Ein über das unvermeidliche Mindestmaß hinausgehendes Prozeßrisiko trifft den Gläubiger eines solventen Schuldners nicht. Auch die Verzögerung, mit der er bei Beendigung der Zwangsvollstreckung zu seinem Geld kommt, geht nicht über das übliche, durch die Natur der Zwangsvollstreckung bedingte Maß hinaus und vermag keinen Betrugsschaden, sondern nur einen Verzugsschaden zu begründen.

Zur Klarstellung sei noch einmal darauf hingewiesen, daß der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung des Vermögensschadens der Zeitpunkt der Fälligkeit ist, nicht etwa der Zeitpunkt der Beendigung der Zwangsvollstreckung. Ist ein nicht zahlungswilliger Schuldner bei Fälligkeit zahlungsfähig, so wird i.d.R. auch die Zwangsvollstreckung gegen ihn erfolgreich sein, ist er es nicht, so wird sie fruchtlos sein. Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners z.Zt. der Fälligkeit bedarf es nicht mehr eines Prozesses und einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung, um einen Schaden festzustellen. Schadensvoraussetzung ist nur eine durch Zahlungsunfähigkeit bedingte Nichtzahlung bei Fälligkeit. Ist der nicht zahlende Schuldner aber bei Fälligkeit zahlungsfähig, so wird die ausgebliebene Zahlung bei Fälligkeit ersetzt durch die begründete Aussicht auf die erfolgreiche Zwangsvollstreckung. Verläuft in diesem Falle die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner wider Erwarten auf Grund unvorhersehbarer Umstände fruchtlos, so liegt kein Betrugsschaden vor. Außerdem fehlt dem Schuldner jedenfalls der

---

1) BayObLG JR 1958, 67; a.A.: Mittelbach JR 1958, 67; RG Rspr. 6, 784; Cramer S. 178.

Schädigungsvorsatz, da er ja bei der Kreditaufnahme davon überzeugt war, der Gläubiger werde den geschuldeten Betrag erhalten.

Man kommt also zu folgendem Ergebnis: Verwirklicht ein Schuldner seine schon bei der Kreditaufnahme bestehende Absicht, bei Fälligkeit der Schuld nicht freiwillig zu zahlen, und ist er bei Fälligkeit zahlungsfähig, so bleibt er straflos, wenn er z.Zt. der Kreditaufnahme nicht beabsichtigte, die Befriedigung des Gläubigers zu verhindern. Wollte er jedoch in irgendeiner Weise verhindern, daß der Gläubiger mit Hilfe der Zwangsvollstreckung zu seinem Geld kommt, so hatte er Schädigungsvorsatz und ist wegen versuchten Betruges zu bestrafen, wenn er seine Absicht nicht wahr macht. Hat er aber, obgleich er bei Fälligkeit zahlungsfähig war, die Zwangsvollstreckung tatsächlich durch eine Vermögensverschiebung, Vermögensverschleierung oder eine Identitäts- bzw. Aufenthaltsverheimlichung verhindert, so wird die Nichtzahlung bei Fälligkeit nicht durch die sichere Aussicht auf eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung ersetzt. Damit liegt ein Vermögensschaden des Gläubigers und ein vollendeter Betrug vor.

Bei der Abtretung einer Forderung gegen einen zahlungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Schuldner gilt folgendes: Bringt der Erlös dem Gläubiger nicht den vollen Nennwert der Forderung ein, so trifft diesen ein Schaden. Dem Schuldner hat jedoch in einem solchen Falle vielfach der Schädigungsvorsatz gefehlt, so daß er dann weder wegen vollendeten noch wegen versuchten Betruges bestraft werden kann.

3. Zechprellerei

Unter Zechprellerei versteht man das Bestellen und Verzehren von Speisen und Getränken in einem Gastwirtschaftsbetrieb, ohne dafür sofort zu bezahlen. Die Zechprellerei ist keine Unterart des Kreditbetruges, da als Gegenleistung für die verzehrten Speisen und Getränke üblicherweise nicht

die Zahlung der Zeche zu einem späteren Fälligkeitszeitpunkt, sondern die sofortige Bezahlung vereinbart wird. Die Gegenleistung des Gastes wird mit dem Servieren des Bestellten fällig.

Einigkeit besteht in Rechtsprechung[1] und Literatur[2] darüber, daß ein nicht zahlungsfähiger oder nicht zahlungswilliger Gast, der vorbehaltlos seine Bestellung aufgibt, eine falsche Tatsache konkludent vorspiegelt. Die Bestellung von Gegenständen des Verzehrs in einem erkennbar auf Barzahlung eingestellten Gastwirtsbetrieb ist ohne weiteres mit der Zusicherung der sofortigen Zahlung verbunden. Das Auftreten als Gast enthält in diesem Zusammenhang die schlüssige Behauptung sowohl der sofortigen Leistungsbereitschaft als auch der sofortigen Leistungsfähigkeit[3].

Während im Abschluß eines Kreditgeschäfts die Zusicherung des gegenwärtigen Willens, in Zukunft zu zahlen, und der gegenwärtigen Annahme, in Zukunft zahlen zu können, liegt, enthält der Abschluß eines Bargeschäfts das Versprechen sofortiger Leistung[4].

Für die Frage, ob ein Vermögensschaden des Wirtes eingetreten ist, sind folgende Alternativen zu unterscheiden: 1) der Gast ist zahlungsunfähig oder 2) der Gast ist zahlungsfähig, aber er zahlt nicht. Folgende Verhaltensweisen des Gastes, der nicht zahlt, sind denkbar: a) er entfernt

---

1) BayObLG JR 1958, 66 f; RG Rspr. 4,90; 2, 692 f; OLG Hamburg DR 1940, 73.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 17; Jagusch LK § 263 Anm. 11 d; Olshausen § 263 Nr. 11 A b u. 20 II d; Frank § 263 II 1; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 2 A b; Binding LB BT I S. 361; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 42; Kronacher S. 17; Kyll S. 36; J. Merkel S. 38; Reuter S. 40.

3) BayObLG JR 1958, 66.

4) BayObLG JR 1958, 67; Jagusch LK § 263 Anm. 11 d.

sich, ohne dem Wirt seine Identität bekannt gegeben zu haben, b) er gibt dem Wirt seine Identität bekannt, will aber nicht freiwillig zahlen, sondern gerichtliche Maßnahmen des Wirtes abwarten, c) er kann nicht sofort seine Zeche bezahlen, da er kein Geld bei sich führt, hat aber die Absicht, alsbald seine Zechschuld zu begleichen, und ist dem Wirt bekannt.

a) Der zahlungsunfähige Gast

Ist der Gast vermögenslos und kann er deshalb seine Zeche nicht bezahlen, so ist unzweifelhaft dem Wirt ein Schaden entstanden, da er mit der Aushändigung der Speisen und Getränke eine Leistung erbracht hat, ohne dafür bei Fälligkeit - also sofort - eine Gegenleistung zu erlangen[1]. Der Schaden entsteht bereits im Augenblick der Verfügung des Wirtes und nicht erst dann, wenn von dem Gast die Zahlung verlangt wird oder dieser sich heimlich entfernt, da bereits im Augenblick der Verfügung mit Sicherheit feststeht, daß der Wirt die ihm zustehende Zahlung nicht erhalten wird. Da weder eine Unsicherheit noch eine Gefahr für das Vermögen des Wirtes besteht, sondern unmittelbar mit der Verfügung ein Schaden zu konstatieren ist, fällt dieser Fall nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

b) Der zahlungsfähige Gast, der nicht zahlt

(aa) Entfernung des unbekannten Gastes

Nach einhelliger Meinung[2] fügt der zahlungsfähige, aber nicht zahlungswillige Gast, der sich nach dem Verzehr des Bestellten heimlich aus dem Lokal entfernt, ohne dem Wirt bekannt zu sein, diesem einen Schaden zu. Dieser Ansicht muß

1) RG Rspr. 2, 692 f; 4,90.

2) Jagusch LK § 263 Anm. 11 d; Olshausen § 263 Nr. 20 II d; BayObLG JR 1958, 66; OLG Hamburg DR 1940, 73; Binding LB BT I S. 361; Kyll S. 36; J. Merkel S. 38; Reuter S. 40; Kronacher S. 9.

zugestimmt werden. Ein Schaden tritt, wie im Falle des zahlungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Kreditschuldners, dann ein, wenn der Gast bei Fälligkeit nicht zahlt und die fehlende Zahlung nicht durch die absolut sichere Aussicht auf eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung ersetzt werden kann. Entfernt sich ein unbekannter Gast heimlich aus dem Lokal, so ist die Feststellung seiner Persönlichkeit und infolgedessen auch die Eintreibung der Forderung gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung nicht möglich bzw. nicht gewährleistet. Auch wenn die heimliche Entfernung des Gastes unmittelbar bemerkt und bei der sofort aufgenommenen Verfolgung Zahlung geleistet wird, ist eine Vermögensbeschädigung des Wirtes eingetreten[1]. Denn in dem Augenblick, als der Gast eigentlich hätte zahlen müssen, wurde die Nichtzahlung nicht ersetzt durch eine sichere Aussicht auf eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung. In diesem Augenblick war noch ungewiß, ob der Wirt seine Forderung würde realisieren können. Berechtigte Chancen der Realisierung genügen nicht, um eine tatsächliche Zahlung zu ersetzen. Die Zahlung ist eine Tatsache, eine Gewißheit, und sie kann nur durch eine andere gegenwärtige Gewißheit ersetzt werden. Eine solche Gewißheit ist die absolut sichere Aussicht auf eine Realisation der Forderung mittels einer Zwangsvollstreckung.

Es ist noch kurz festzustellen, ob der Schaden des Wirtes im Augenblick der Verfügung des Wirtes über das Bestellte - dessen Aushändigung an den Gast - oder erst in dem Augenblick eintrat, als der Gast üblicherweise hätte zahlen müssen, also kurz vor seiner Entfernung aus dem Lokal. Die herrschende Meinung[2] muß den erstgenannten Zeitpunkt der Verfügung als entscheidend ansehen. Der hier vertretenen Schadensauffassung entsprechend kann der Schaden jedoch erst im Augenblick der Fälligkeit der Leistung eintreten,

---

1) Kronacher S. 9.

2) OLG Hamburg DR 1940, 73; J. Merkel S. 38; Kyll S. 36.

also dann, wenn der Gast zahlen muß. Üblicherweise wird von dem Gast nicht sofort nach der Aushändigung des Bestellten die Bezahlung verlangt, sondern erst nach dem Verzehr, wenn der Gast zum Ausdruck bringt, daß er zahlen möchte, spätestens aber, wenn der Gast sich anschickt, das Lokal zu verlassen. Bis zu diesem Augenblick gewährt der Wirt dem Gast einen kreditähnlichen Zahlungsaufschub. In diesem Zeitpunkt[1] tritt der Schaden des Wirtes ein, wenn der Gast sich unerkannt entfernt.

Von Bedeutung ist die Frage des Schadenseintritts, wenn ein Gast bei der Bestellung die Absicht hat, sich ohne Bezahlung zu entfernen, sich dann aber eines Besseren besinnt und seine Zeche doch zahlt. Nach der h.M. würde vollendeter Zechbetrug vorliegen, während man in diesem Fall doch nur versuchten Betrug annehmen kann, da dem Wirt kein Schaden entstanden ist.

bb) Fehlender Zahlungswille
eines bekannten Gastes

Der dem Wirt bekannte Gast, der seine Zeche freiwillig nicht zahlen will, steht dem nicht zahlungswilligen, aber zahlungsfähigen Kreditschuldner gleich. Hier sind, wie bereits oben ausgeführt, die Ansichten geteilt. Teilweise[2] wird angenommen, der Wirt habe, der Verkehrssitte entsprechend, einen Anspruch auf sofortige Zahlung, und wenn er diese nicht freiwillig erhalte, sei ihm ein Schaden entstanden, auch wenn der Gast die Mittel habe, seine Schuld zu begleichen. Einige Literaturstimmen[3] sehen den Schaden des Wirtes in der Nichterlangung des geschuldeten Geldes,

---

1) so auch Kronacher S. 9.

2) OLG Hamburg DR 1940, 73; Mittelbach JZ 1958, 67 f; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 42; Kyll S. 36; Binding LB BT I S. 361.

3) Mittelbach JZ 1958, 68; Binding LB BT I S. 361; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 42; J. Merkel S. 38.

ohne die erlangte Forderung zu berücksichtigen. Sie meinen, der vorgesehene Bargeldzufluß in das Vermögen des Getäuschten werde verzögert und mithin das Vermögen zumindest auf Zeit um diesen realen Betrag gemindert. Der verzögerte Eingang des Bargeldes lasse bei dem auf Barzahlung ausgerichteten Betriebe die Annahme eines dem entzogenen Werte äquivalenten Forderungserwerbes nicht zu[1].

Grundsätzlich scheint auch Jagusch[2] diesen Standpunkt einzunehmen, allerdings mit Einschränkungen: Der Wirt erleide durch die Verzögerung der fälligen Leistung einen Nachteil, sofern dies wirtschaftlich eine Einbuße sei. Als derartige Einbuße wird die Vereitelung oder Erschwerung der Rechtsverfolgung angesehen, aber wohl nicht die Notwendigkeit einer Rechtsverfolgung überhaupt.

Das OLG Hamburg[3] und Kyll[4] berücksichtigen den Anspruch, den der Wirt gegen den Gast erwirbt, als Ausgleich für die Leistung des Wirtes, halten diesen Ausgleich aber für minderwertig. Der Wert eines Anspruches, der im Wege des Zivilprozesses und mit Hilfe der Zwangsvollstreckung realisiert werden müsse, sei beeinträchtigt. Man könne dem Wirt nicht zumuten, die von seinen Gästen geschuldeten Bagatellbeträge einzuklagen[5].

Das Bayerische Oberste Landesgericht[6], Schwarz-Dreher[7], Olshausen[8] und Reuter[9] vertreten die Auffassung, daß auch bei der Zechprellerei der mangelnde Zahlungswille bei vorhandener Zahlungsfähigkeit eine Vermögensbeschädigung nicht

---

1) Mittelbach JR 1958, 68.
2) Jagusch LK § 263 Anm. 11 d.
3) OLG Hamburg DR 1940, 73.
4) Kyll S. 36.
5) Kyll S. 36.
6) BayObLG JR 1958, 66 = NJW 1957, 1566.
7) Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B a.
8) Olshausen § 263 Nr. 20 II d.
9) Reuter S. 40.

ohne weiteres bewirke. Solange die Forderung des Wirtes gegen den Preller nicht in ihrer Realisierbarkeit gefährdet sei, mache der fehlende Erfüllungswille die Forderung im Verhältnis zum Wert der empfangenen Leistung nicht minderwertig. Der Wirt könne seinen Erfüllungsanspruch gegen den täuschenden Gast alsbald ohne Schaden durch geeignete Vollstreckungsmaßnahmen verwirklichen.

Der Fall des zahlungsfähigen, aber nicht freiwillig zahlenden Gastes ist zu beurteilen wie der ebenso liegende Fall des Kreditschuldners. Es besteht kein Rechtsgrundsatz, daß die nicht sofortige Zahlung der Zeche schon als solche und für sich allein einen Vermögensschaden begründet[1]. Ist ein Schuldner zahlungsfähig, so kann seine Nichtzahlung ersetzt werden durch die absolut sichere Aussicht auf eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung. Wenn kein besonderes, über das unvermeidbare Maß hinausgehendes Prozeßrisiko, etwa durch besondere Beweisschwierigkeiten, besteht, ist der Wirt nicht geschädigt. Durch die Verzögerung der sofortigen Leistung des Gastes erleidet der vorleistende Wirt keinen Nachteil. Auch in dem Zwang, gegen den Gast im Prozeßwege vorgehen und die Zwangsvollstreckung betreiben zu müssen, liegt kein Vermögensschaden des Wirtes[2]. Da der Gast keinen Schädigungsvorsatz hat, begeht er weder versuchten noch vollendeten Betrug.

(cc) Nichtzahlung des bekannten, zahlungsfähigen und zahlungswilligen Gastes

Die Beurteilung des durchaus zahlungsfähigen Gastes, der sein Geld vergessen hat, aber seine Zeche alsbald bezahlen will und dem Wirt bekannt ist bzw. sich zu erkennen gibt, ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen. Diejenigen, die einen Schaden des Wirtes annehmen, wenn dieser nicht sofort

---

1) BayObLG JR 1958, 67

2) BayObLG JR 1958, 67

Bargeld, sondern zunächst eine Forderung erhält[1], müssen auch in diesem Fall zu einem vollendeten Betrug des Gastes kommen, wenn dieser nicht schon bei der Bestellung und dem Servieren den Wirt oder dessen Personal auf seine Unfähigkeit, sofort zu bezahlen, aufmerksam macht.

Die überwiegende Meinung[2] nimmt jedoch in diesem Falle keinen Schaden des Wirtes an, da eine Forderung gegen einen zahlungsfähigen und alsbald zahlen wollenden Gast nicht minderwertig sei. Diesem Ergebnis muß zugestimmt werden, allerdings nicht der Begründung. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt kein Schaden vor, weil die Nichtzahlung des Gastes bei Fälligkeit der Zechschuld ersetzt wird durch die sichere Aussicht auf alsbaldige Zahlung des Gastes. Es liegt weder versuchter noch vollendeter Betrug vor.

4. Kreditbetrug infolge Verhinderung der Realisierung der gebotenen Sicherheiten für die Forderung

a) Faustpfand, Sicherungshypothek, Sicherungsgrundschuld, selbstschuldnerische Bürgschaft, Sicherungsübereignung

Hat ein Kreditschuldner dem Gläubiger für die Forderung Sicherheiten gegeben, so sieht die h.M. nicht nur den "Wert der Forderung", sondern auch den "Wert der Sicherheiten" als Äquivalent für die Leistung des Gläubigers an. Folgende Fälle der Sicherheitsleistung sollen untersucht werden: 1) die Forderung ist unsicher, aber eine den Wert der Forderung voll deckende Sicherheitsleistung ist gewährt worden, 2) die Forderung ist unsicher und der Schuldner hat die Absicht, die Realisierung der Sicherheiten zu verhin-

---

1) Mittelbach JR 1958, 68; Binding LB BT I S. 361; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 42; J. Merkel S. 38.

2) BayObLG JR 1958, 66 f; OLG Hamburg DR 1940, 73; Olshausen § 263 Nr. 20 II d; Kyll S. 36; Kronacher S. 14; Reuter S. 40

dern, so daß die Aussicht des Gläubigers auf Befriedigung gering ist, 3) die Forderung ist sicher, trotzdem wurden Sicherheiten gewährt, deren Realisierung der Schuldner jedoch verhindern will.

Fall 1): Sicherheiten für eine Forderung werden in der Regel dann vom Schuldner gegeben bzw. vom Gläubiger gefordert, wenn der Gläubiger Zweifel an der finanziellen Lage und damit an der Kreditwürdigkeit des Schuldners hat. Sicherheiten sollen ja gerade eine dem Gläubiger unsicher erscheinende Forderung sichern. Deshalb dürfte in vielen Fällen, in denen eine Sicherheit gewährt wird, ein Irrtum des Gläubigers über die finanzielle Situation des Schuldners, wenn nicht schon gar eine Täuschungshandlung des Schuldners, ausgeschlossen sein. Wer als Gläubiger Sicherheiten für eine Forderung verlangt, zeigt damit, daß er die Forderung für unsicher hält. Das ist bisher kaum beachtet worden. Vielmehr wird auch bei Sicherheitsleistung eine Täuschung des Schuldners über seine Kreditwürdigkeit angenommen[1].

Die Täuschung wird sich jedoch bei einer Kreditaufnahme gegen Sicherheitsleistung meistens auf den Wert der Sicherheit oder die Absichten beziehen, die der Schuldner hinsichtlich der Sicherheiten hat.

Bei der Schadensfeststellung muß die herrschende Meinung, die den Wert der Forderung als Äquivalent ansieht, auch den den Forderungswert ergänzenden Wert der Sicherheitsleistungen als Äquivalent berücksichtigen. Schließlich ist eine ausreichende Sicherheitsleistung ja in der Lage, den Eintritt einer Gefährdung der Forderungsrealisierbarkeit und damit nach h.M. den Eintritt eines Schadens zu verhindern. Denn der Kreditgeber, dem komplette Sicherheiten geboten sind und dem der Schuldner die Verwertung dieser Sicherheiten nicht zu erschweren, sondern,

---

1) Bockelmann NJW 1961, 146

soviel an ihm liegt, zu ermöglichen gedenkt, ist nicht gefährdet und deshalb auch nicht geschädigt[1].

Als wirtschaftlich ausreichende Sicherheiten für ein Darlehen werden das Faustpfand, die Sicherungshypothek, die Sicherungsgrundschuld und die selbstschuldnerische Bürgschaft eines Zahlungsfähigen angesehen, grundsätzlich auch die Sicherungsübereignung[2]. Der letzteren kann man, sofern der Schuldner nicht böswillig ist, nicht grundsätzlich die Qualifikation als Sicherheit absprechen, wie Maurach[3] es tut, nur weil sie nicht dem unmittelbaren Zugriff des Gläubigers zugänglich ist, sondern der Schuldner bei der Befriedigung des Gläubigers aus dem sicherungsübereigneten Gegenstand mitwirken muß.

In Fall 1 hat der Schuldner nicht die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, so daß dieser bei Fälligkeit ohne Schwierigkeiten, ohne einen Rechtsstreit und ohne Aufwendung erheblicher Kosten aus den Sicherheiten sein Geld erhalten kann. Deshalb kann die h.M. in Fall 1 keinen Schaden annehmen.

Fall 2): Hat der Schuldner einer unsicheren Forderung bei Vertragsschluß die Absicht, die Realisierung der von ihm gegebenen Sicherheiten zu verhindern, so behauptet der Schuldner - abgesehen von einer etwaigen Täuschung über die Realisierbarkeit der Forderung - im Augenblick der Sicherheitsleistung konkludent, er wolle den Rückgriff des Gläubigers auf die Sicherheiten vorbehaltlos dulden und nehme an, die Sicherheiten seien zu dem angegebenen Wert realisierbar. Auf Grund eines entsprechenden Irrtums trifft der Gläubiger eine Verfügung über den Kreditgegenstand. Nach h.M. soll ein Vermögensschaden entstanden sein, a) wenn die unsichere Forderung nicht voll, sondern nur zum Teil gesichert sei und der Wert der Sicherheit nicht der Differenz

---

1) Bockelmann NJW 1961, 146

2) BGHSt 15, 28 = NJW 1961, 183 = MDR 1960, 941; RGSt 74, 131; Schönke-Schröder § 263 Rdn.112; Bockelmann ZStW 1967, 38

3) Maurach BT § 38 II B 4 c bb 1

zwischen dem Wert der Forderung und deren Nennbetrag entspreche, b) wenn die unsichere Forderung zwar vertraglich voll gesichert wurde, die Sicherheit aber infolge der Absicht des Schuldners, die Realisierung der Sicherheit zu verhindern, wirtschaftlich wertlos sei. Plane der Schuldner bei Vertragsschluß, die Sicherheit dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen, so sei die Befriedigung des Gläubigers nicht gewährleistet, und der Wert der Forderung bleibe zusammen mit dem Wert der Sicherheit hinter dem Wert der Leistung des Gläubigers zurück und es entstehe ein Schaden[1].

So könne ein Faustpfand wertlos werden durch die Absicht des Schuldners, es zu zerstören. Besonders dem böswilligen Zugriff des Schuldners ausgesetzt sei ein sicherungsübereigneter Gegenstand, da seine Verwertung von der Mitwirkung des Schuldners abhänge. Ein böswilliger Schuldner könne ihn dem Gläubiger vorenthalten, indem er ihn verkaufe, verschenke, ohne die Absicht rechtzeitiger Auslösung verpfände, verberge, zerstöre oder beschädige und damit die Befriedigung des Gläubigers aus dem Sicherungsobjekt beeinträchtige oder verzögere[2].

Eine Vermögensgefährdung und damit ein Schaden sei jedoch ausgeschlossen, wenn sich der Gläubiger für seine Forderungen übermäßige Sicherheiten ausbedungen habe, die es ihm auch bei Fehlen einer der Sicherheiten noch ermöglichten, sich ohne Schwierigkeiten wegen seiner Forderungen zu befriedigen, oder sonst Umstände vorhanden seien, die ihn vor dem Verlust seines Geldes schützen[3]. Dasselbe gelte, wenn der Schuldner die Absicht habe, die Realisierung einer der übermäßigen Sicherheiten zu verhindern.

---

1) RGSt 74, 130; BGHSt 15, 28 = NJW 1961, 183 = MDR 1960, 941; Olshausen § 263 Nr. 22 I A b; Cramer S. 137.

2) Bockelmann NJW 1961, 145; BGHSt 15, 28 = NJW 1961, 183 = MDR 1960, 941; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 112; RGSt 74, 130 f.

3) BGH NJW 1964, 874; Goldschmidt ZStW 48, 162; Cramer S. 138.

Fall 3): Streit herrscht über das Vorliegen eines Vermögensschadens, wenn der Schuldner einer sicheren Forderung bei Vertragsschluß beabsichtigt, die Realisierung der gewährten Sicherheit zu vereiteln. Hinsichtlich der Täuschungshandlung, des Irrtums und der Verfügung gilt dasselbe wie zu Fall 2. Ob jedoch ein Schaden vorliegt, muß für die h.M. zweifelhaft sein.

Schönke-Schröder[1] nimmt einen Schaden an, da im Kreditverkehr eine gesicherte Forderung im allgemeinen höher bewertet werde als eine ungesicherte, was in der Regel schon in den unterschiedlichen Kreditbedingungen, insbesondere was die Höhe der Zinsen betreffe, seinen Niederschlag finde.

Dem muß jedoch entgegengehalten werden, daß der vertragliche Anspruch auf die Sicherung der Forderung nicht als ein den Forderungswert übersteigendes Aktivum dem Vermögen des Gläubigers hinzugerechnet werden kann. Eine sichere und deshalb vollwertige Forderung kann auch bei Abtretung infolge ihrer zusätzlichen Sicherung keinen höheren Betrag als den Nennwert erbringen. Zudem kann der Gläubiger sich aus der Sicherheit immer nur in Höhe des ihm gewährten Kredits befriedigen[2]. Deshalb kann weder eine Übersicherung einer zweifelhaften Forderung noch eine Sicherung einer sicheren Forderung dem Gläubiger einen über den Nennwert der Forderung hinausgehenden Vermögenswert verschaffen.

Aus diesem Grunde wird auch überwiegend angenommen, daß in den Fällen, in denen die Forderung des Gläubigers mit Rücksicht auf die Vermögenslage des Kreditschuldners oder auf sonstige Umstände auch ohne die gewährten Sicherheiten wirtschaftlich sicher ist, kein Schaden des Gläubigers eintreten und deshalb der Wert der Sicherheiten außer Betracht bleiben kann[3].

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 112.

2) Goldschmidt ZStW 48, 162; Cramer S. 138.

3) RGSt 74, 130; RG JW 1934, 40 f; RGSt 20, 143; RGSt 42, 181; Olshausen § 263 Nr. 22 I A b.

Zu den bei dieser Art des Kreditbetruges auftauchenden Problemen ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es für die Schadensfeststellung allein entscheidend, ob der Gläubiger wegen der ihm zustehenden Forderung befriedigt wird, sei es durch Zahlung auf Grund der Forderung, sei es durch Verwertung der Sicherheit. Es kommt darauf an, ob der Schuldner bei Fälligkeit zahlt bzw. ob bei Fälligkeit mit Sicherheit feststeht, daß die Forderung auf andere Art und Weise realisiert werden kann. Hier ist nun eine Besonderheit zu beachten. Im vorigen Abschnitt wurde ein Vermögensschaden verneint, wenn der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsfähig, aber nicht zahlungswillig ist, weil der Gläubiger mit Sicherheit den vollen Forderungsbetrag mit Hilfe der Zwangsvollstreckung erhalten kann. Hat der Gläubiger sich aber eine Sicherheit für seine Forderung geben lassen, so hat er dies getan, um für den Fall, daß der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahlt, sei es, weil er nicht zahlen kann, sei es weil er nicht zahlen will, einen Prozeß und das Betreiben der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu vermeiden. Das gilt jedoch nur für das Faustpfandrecht, §§ 1228 ff BGB, und das Sicherungseigentum, nicht jedoch für die Sicherungshypothek und die Sicherungsgrundschuld, deren Wert der Gläubiger gemäß §§ 1147, 1192 BGB ohnehin nur im Wege der Zwangsvollstreckung realisieren kann. Bei der Bestellung eines Faustpfandrechts oder der Einräumung des Sicherungseigentums hingegen will der Gläubiger sicherstellen, daß er ohne weitere Bemühungen um ein Verwertungsobjekt auf die Sicherheiten zurückgreifen kann. Deshalb muß für die Schadensfeststellung das Äquivalent für die Leistung des Gläubigers anders gesehen werden als bei einem Kreditgeschäft ohne Sicherheitsleistung. Der Gläubiger erhält für seine Leistung zunächst als durch die Realisierung ersetzungsbedürftiges, für die Schadensfeststellung nicht verwertbares Äquivalent die Forderung plus Sicherheit. Der für die Schadensfeststellung verwertbare Ersatz für Forderung und Sicherheit, das eigentliche Äquivalent, ist das durch

Zahlung des Schuldners oder durch Zugriff des Gläubigers auf die Sicherheit erhaltene Geld. Beim Kreditgeschäft ohne Sicherheitsleistung wird die Forderung ersetzt durch das Geld, das der Schuldner bei Fälligkeit zahlt, oder durch die Zwangsvollstreckung des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners.
Vergleich in Form einer Tabelle:

	ersetzungs-bedürftig	Ersatz = Äquivalent
Kreditierung mit Sicherheit	Forderung + Sicherheit	geschuldeter Betrag durch Zahlung oder durch Zugriff auf die Sicherheit (bei Sicherungshypothek und Sicherungsgrundschuld im Wege der Zwangsvollstreckung)
Kreditierung ohne Sicherheit	Forderung	geschuldeter Betrag durch Zahlung oder durch Zwangsvollstreckung

Nach diesen Erörterungen ist als Ergebnis der drei zu untersuchenden Fälle festzuhalten:

Fall 1): Ist der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahlungsfähig, hat er aber wertmäßig ausreichende Sicherheiten gegeben, auf die der Gläubiger zurückgreifen kann, so ist bei Fälligkeit die Realisierung der Forderung durch den Zugriff des Gläubigers auf die Sicherheiten möglich. Folglich ist in Fall 1) kein Schaden entstanden.

Für Fall 2) kommt es darauf an, a) ob der Schuldner tatsächlich, wie erwartet, bei Fälligkeit nicht zahlungsfähig oder zahlungswillig ist und b) ob er seine Absicht, die Realisierung der Sicherheiten zu verhindern, wahr gemacht hat. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fehlt eine davon, so liegt kein Schaden vor.

Ist ein Schuldner zahlungsunfähig oder zwar zahlungsfähig, aber nicht zahlungswillig und hat er seine schon bei Kreditaufnahme bestehende Absicht, dem Gläubiger den Zugriff auf

die Sicherheiten unmöglich zu machen, verwirklicht, so erhält der Gläubiger sein Geld bei Fälligkeit weder durch eine Zahlung des Schuldners noch durch einen Zugriff auf die Sicherheiten. Er erhält nicht das ihm vertraglich für seine eigene Leistung zustehende Äquivalent und erleidet deshalb einen Schaden. Einen entsprechenden Schädigungsvorsatz hatte der Schuldner bei der Kreditaufnahme. Ebenso hatte er die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Folglich hat er einen vollendeten Betrug begangen.

In einem solchen Falle könnte man in Erwägung ziehen, den Schadenseintritt schon auf den Zeitpunkt vorzuverlegen, in dem der Schuldner den Zugriff des Gläubigers auf die Sicherheiten durch Veräußerung, Zerstörung etc. vereitelt. Man könnte sagen, daß in diesem Augenblick die zukünftige Möglichkeit der Schädigung zur gegenwärtigen Gewißheit und damit die Vermögensgefährdung zum Vermögensschaden geworden sei. Dagegen muß aber eingewandt werden, daß zwei Möglichkeiten für die Erlangung des Äquivalents bestehen. Wenn die eine davon, Erfüllung der Forderung durch Zugriff auf die Sicherheit, endgültig unmöglich geworden ist, bedeutet das noch nicht, daß auch die andere Alternative, Erfüllung durch Zahlung des Schuldners, ausgeschlossen ist. Es besteht bis zur Fälligkeit noch die Möglichkeit, daß der Schuldner zahlungsfähig wird bzw. freiwillig zahlt und dem Gläubiger das vertragsmäßige Äquivalent verschafft.

Zahlt der Schuldner bei Fälligkeit, so ist dem Gläubiger kein Schaden entstanden, wenn der Schuldner auch die Zugriffsmöglichkeit des Gläubigers auf die Sicherheiten vereitelt hat. Wenn der Gläubiger seine Forderung erfüllt erhalten hat, kann er nicht noch darüber hinaus die Sicherheiten realisieren.

Hinsichtlich Fall 3 sind zwei Alternativen zu unterscheiden: Ist der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsfähig und zahlungswillig, so liegt auch dann, wenn der Schuldner die Rea-

lisierung der Sicherheiten verhindert hat, kein Schaden vor. Ist der Schuldner, obgleich die Forderung anfänglich sicher war, wider Erwarten zahlungsunfähig geworden und hat er vor Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit die Realisierung der Sicherheiten verhindert, so ist dem Gläubiger ein Schaden entstanden. Es ist jedoch Tatfrage, ob der Schuldner Eventualvorsatz bezüglich dieser Schädigung hatte. Einen Schädigungsvorsatz wird man ihm nicht anlasten können, wenn er fest darauf vertraut hat, bei Fälligkeit zahlungsfähig zu sein.

b) Eigentumsvorbehalt

Der vereinbarte Eigentumsvorbehalt als übliches Sicherungsmittel für eine Kaufpreisforderung hat mit der Sicherheitsübereignung gemeinsam, daß der Schuldner einen Gegenstand in seinem Besitz und seiner Herrschaftsgewalt hat, der Eigentum des Gläubigers ist. Auf Grund dieser Situation besteht eine besondere Gefahr, daß der Schuldner den Zugriff des Gläubigers auf das Sicherungsobjekt verhindert. Aus dieser Gleichartigkeit der Situation ergibt sich eine Gleichartigkeit der strafrechtlichen Probleme, worauf auch Baumann[1] hinweist.

In Frage steht, ob ein Betrug des Käufers vorliegt, wenn er bei Abschluß eines Kaufvertrages unter Eigentumsvorbehalt die Absicht hat, die Vorbehaltsware alsbald zu verkaufen, verschenken, verpfänden, verleihen, beschädigen, zerstören, verbinden, vermischen, verarbeiten, unsachgemäß zu verbrauchen oder ähnliches. Wenn der Käufer eine Sache unter Eigentumsvorbehalt kauft, spiegelt er die Absicht vor, den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers an der Ware zu beachten, d.h. jede Verfügung über die Sache zu unterlassen, sie zu verwahren und in gutem Zustand zu erhalten und nicht aus dem Besitz zu geben. Auf Grund eines entsprechenden Irrtums verfügt der Verkäufer über die Sache.

---

1) Baumann, Der strafrechtl. Schutz, S. 127.

Zweifelhaft ist das Entstehen eines Schadens des Verkäufers. In einem Fall, in dem die angeklagte Käuferin die ehrliche Absicht hatte, die Waren ganz abzuzahlen, und ihrer Abzahlungsverpflichtung auch pünktlich nachgekommen war, aber vorher die Sache verpfändet hatte, hat das Reichsgericht[1] entschieden, daß kein Schaden vorliege, weil die vom Verkäufer "als Ersatz der veräußerten Sachen erworbene Forderung dieselbe Beschaffenheit und denselben Wert" behalte. Das Vermögen des Verkäufers sei nicht bei Eingehung des Vertrages, sondern vollkommen unabhängig davon durch eine spätere selbständige Handlung der Käuferin (die Verpfändung) geschädigt worden. Die Vermögensbeschädigung habe also in keinem zurechenbaren Kausalzusammenhange mit der Irrtumserregung gestanden. Die Ausführung der Absicht, d.h. die Verpfändung selbst, habe in keiner Weise festgestanden. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Angeklagte ihren Entschluß nicht nachträglich ändern oder an der Ausführung durch äußere Umstände gehindert werden konnte. In jedem Fall seien Verpfändungsabsicht und verwirklichte Verpfändung zwei äußerlich wie innerlich durchaus verschiedene Momente, die nicht miteinander verwechselt werden dürften.

Diese Rechtsprechung hat das Reichsgericht[2] später ausdrücklich aufgegeben, und zwar an Hand eines Falles, bei dem die Käuferin zahlungsunfähig und nicht zahlungswillig war. Das RG führt aus, nicht erst durch die nachfolgende Verpfändung sei der Verkäufer geschädigt, sondern schon im Augenblick des Vertragsschlusses dadurch, daß der zugunsten des Verkäufers vereinbarte Eigentumsvorbehalt durch die Absicht des Käufers, die Sache alsbald zu verpfänden oder weiterzuveräußern, seinen praktischen Wert schon größtenteils verloren habe. Der Verkäufer habe also statt der durch den Eigentumsvorbehalt gesicherten Forderung auf Abzahlung des Kaufpreises nur diese ohne solche Sicherung wertlose Forderung

---

1) RGSt 20, 142 ff.

2) RGSt 42, 181 ff.

gegen den vermögenslosen Käufer erhalten. Stehe dem Verkäufer dagegen ein Käufer gegenüber, der den vereinbarten Eigentumsvorbehalt zu beachten, d.h. die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, die Sache bis zur völligen Abzahlung des Kaufpreises weder zu verpfänden noch sonstwie zu veräußern, einzuhalten gewillt sei, so erhalte er den Anspruch auf ratenweise Abzahlung des Kaufpreises und habe daneben die Sicherheit, die ihm der vereinbarte Eigentumsvorbehalt biete. Mehr woll er von Anfang an nicht haben und in diesem Falle habe er für seine Leistung eine entsprechende Gegenleistung erworben.

Dieser Argumentation ist die Literatur[1] gefolgt. Sie nimmt in derartigen Fällen einen Schaden an, weil der vereinbarte Eigentumsvorbehalt seinen Wert verloren habe.

Auch vom Standpunkt der h.M. aus kann der zuletzt erwähnten Entscheidung des RG nicht gefolgt werden. Sie kam zwar für ihren Fall zu einem völlig richtigen Ergebnis, da die Kaufpreisforderung ja "wertlos" war und auch der "Minderwert des Eigentumsvorbehalts" nicht die Differenz zwischen dem "Minderwert der Forderung" und dem Wert der Ware ausgleichen konnte. An anderer Stelle des Urteils weist das RG[2] ganz richtig darauf hin, daß entscheidend ist, ob das, was der Verkäufer für die Aufgabe des Besitzes an der Ware erhält, einen entsprechenden Gegenwert seiner Leistung bildet, oder ob er weniger erhält als seine eigene Leistung wert ist. Der Verkäufer erhält aber vom Standpunkt der h.M. genau das, was seine eigene Leistung wert ist, wenn er eine sichere Forderung erlangt, wie das in dem zuerst zitierten RG-Urteil[3] der Fall war. Der Nennwert der Forderung ist nicht geringer als die Leistung des Verkäufers. Ist die Forderung sicher, so ist sie nach Ansicht der h.M. vollwertig. Der"Wert des Eigentumsvorbehalts" müßte dann nach h.M. eigent-

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 111; Olshausen § 263 Nr. 22 I A c, 29.

2) RGSt 42, 183.

3) RGSt 20, 142 ff.

lich neben dem "Forderungswert" unerheblich sein. Ist der Eigentumsvorbehalt "wertlos" oder "minderwertig", so kann diese Tatsache die "vollwertige" Forderung nicht "minderwertig" und das volle Äquivalent nicht unzureichend machen. Deshalb kann die h.M. logischerweise nicht den "Wert des Eigentumsvorbehalts" losgelöst vom "Wert der Forderung" für sich betrachten.

Der hier vertretenen Ansicht nach fehlt, ebenso wie bei der Einräumung sonstiger Sicherheiten durch den Schuldner, ein Schaden, wenn die Realisierung der Forderung des Verkäufers pünktlich erfolgt, wenn also a) der Käufer bei Fälligkeit zahlungsfähig ist, mag er auch unerlaubterweise den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers beeinträchtigt oder vernichtet haben, oder b) der zahlungsunfähige Käufer seine bei Kaufabschluß bestehende Absicht, den Eigentumsvorbehalt in irgendeiner Weise anzutasten, nicht wahrgemacht hat. In diesen beiden Fällen erhält der Verkäufer das vertragsmäßige Äquivalent, d.h. den vereinbarten Preis durch Zahlung des Käufers oder die Zugriffsmöglichkeit auf den Eigentumsvorbehaltsgegenstand durch dessen Rücknahme.

c) Kausalität zwischen Verfügung und Schaden

Wenn der Schuldner seiner bei der Kreditaufnahme bestehenden Absicht entsprechend die Sicherheiten (sicherungsübereigneter oder unter Eigentumsvorbehalt stehender Gegenstand, Faustpfand) veräußert, verschenkt, ohne rechtzeitige Wiederauslösung verpfändet, beschädigt oder zerstört, taucht noch das Problem auf, ob der eingetretene Schaden als Betrugsschaden relevant sein kann, weil er endgültig nicht allein durch die Täuschung des Täters, sondern erst durch eine weitere selbständige unerlaubte Handlung des Täters herbeigeführt wird. Die Problematik ist für die Sicherungsübereignung und das Faustpfand einerseits und den Eigentumsvorbehalt andererseits verschieden.

(aa) Sicherungsübereignung
und Faustpfand

In der älteren Literatur und Rechtsprechung wurde folgende Auffassung vertreten: Zwischen Irrtum und Schädigung sei unmittelbarer Kausalzusammenhang erforderlich. Dieser fehle, wenn es unabhängig von der Täuschung zur Bewirkung eines Schadens noch einer weiteren selbständigen unerlaubten Handlung des Täters bedürfe[1]. In diesem Falle liege eine Vermögensgefährdung nicht vor, denn diese setze voraus, daß nach dem regelrechten Verlauf der Dinge ein Schaden ohne weiteren Eingriff des Täters in den Kausalverlauf eintreten könne[2].

Für die h.M. stellt sich dieses Problem meistens gar nicht, da sie, wenn der Täter bei der Verfügung die Absicht hat, den Kreditgeber durch eine spätere selbständige unerlaubte Handlung zu schädigen, auf Grund dieser Absicht schon z.Zt. der Verfügung eine Verminderung des Gesamtvermögenswertes und damit bereits einen Schaden annimmt[3]. Da der Schaden aber nach der hier vertretenen Ansicht erst bei Fälligkeit der Kreditforderung eintritt, wird das Problem wieder aktuell.

Um das Kausalitätsproblem zu lösen, halte man sich vor Augen, daß der Vermögensschaden darin besteht, daß der Kreditgeber bei Fälligkeit nicht das bekommt, was ihm zusteht, daß also der Schaden in der Differenz zwischen dem Wert des Kredits und dem Wert dessen besteht, was der Kreditgeber bei Fälligkeit erhält. Daß das Antasten der Sicherheit durch eine selbständige unerlaubte Handlung für den entstandenen Schaden kausal ist, unterliegt keinem Zweifel. Aber auch die Täuschung durch den Täter, die Irrtumserregung und die Verfügung des Kreditgebers können nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Schaden entfiele. Hätte der Täter nicht ge-

---

1) Eckstein GS 78, 185; Merkel Krim Abh. S. 242; RGSt 20, 143; RGSt 27, 187.
2) Eckstein GA 58, 85 Anm. 118.
3) RGSt 42, 184; RG JW 1908, 382 f.

täuscht und der Kreditgeber nicht verfügt, so wäre kein Schaden entstanden. Zwar war die Weggabe oder Beschädigung der Sicherheit die Hauptursache für den Schadenseintritt. Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung, Verfügung = Kreditgewährung und Schaden wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine weitere Bedingung, das Antasten der Sicherheit, als die überwiegende erscheint[1]. Damit ist festgestellt, daß die Kausalität der späteren unerlaubten Entfunktionalisierung der Sicherheit die Kausalität der Täuschung und Verfügung nicht ausschließt.

Aus welchem Grunde beim Betrug "unmittelbarer Kausalzusammenhang" erforderlich sein soll, ist nicht einzusehen. Die "Unmittelbarkeit" wird auch von der neueren Literatur weniger als Problem des Kausalzusammenhangs als vielmehr als Problem der Vermögensverfügung gesehen, um eine Grenze zwischen Wegnahme- und Dispositionsdelikten zu ziehen. Der Darlehensgeber disponiert durch eine Verfügung über sein Geld. Was dem Darlehensgeber durch den Schuldner entzogen oder zerstört wird, ist nicht das Geld, sondern ein ganz anderes Objekt: Das Sicherungseigentum bzw. Faustpfand des Gläubigers.

(bb) Eigentumsvorbehalt

Auch beim vereinbarten Eigentumsvorbehalt an einem Kaufgegenstand besteht Kausalität zwischen der Täuschung, der Verfügung des Verkäufers und dessen Schaden, wenngleich die Weggabe oder Beschädigung des Vorbehaltsgegenstandes die Hauptschadensursache ist. Jedoch könnten sich hier Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben: Die Verfügung des Verkäufers liegt in der Besitzübertragung an dem Vorbehaltsgegenstand. Denselben Gegenstand gibt der Käufer später weg oder er beschädigt ihn. Jedoch handelt es sich um eine echte Ver-

1) Schönke-Schröder Vorbem. 62 vor § 1; BGH NJW 1958, 1981; RGSt 66, 184; 69, 47.

fügung des Verkäufers, durch die sich sein Vermögensstand unmittelbar verändert insofern, als er den Besitz an der Sache verliert. Da eine Verfügung vorliegt und der Verkäufer nicht nur die erleichternden Voraussetzungen für die Weggabe oder Beschädigung schuf, steht der Annahme eines Betruges nichts im Wege.

5. Stundung durch Kreditverlängerung

Weiterhin ist zu untersuchen, ob eine durch Täuschung erlangte Stundung einen für den Betrug erforderlichen Vermögensschaden herbeiführen kann. Die Bezeichnung "Stundung" wird in zwei Fällen gebraucht: 1. Der Kaufpreis, der gemäß § 320 BGB grundsätzlich Zug um Zug gegen Lieferung des Kaufgegenstandes fällig ist, wird "gestundet", wenn ein späterer Fälligkeitszeitpunkt vereinbart wird, wenn es sich also um einen Kreditkauf handelt. 2. Ist dieser spätere Fälligkeitszeitpunkt herangekommen, so kann die Zahlung der Kaufpreis- oder Darlehensforderung noch einmal "gestundet" werden, also die Fälligkeit noch weiter auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben werden. Fall 1, der Kreditkauf, wurde bereits zusammen mit der Darlehensgewährung abgehandelt. Der Begriff "Stundung" soll hier nur im Sinne von Fall 2 als Kreditverlängerung verstanden werden.

Als Täuschungshandlung kommt deshalb auch nicht das Verlangen nach Kreditgewährung, sondern die Bitte um Kreditverlängerung in Betracht. Diese Bitte muß man im Rechtsverkehr als konkludente Vorspiegelung augenblicklicher Illiquidität (die aber wohlgemerkt nicht mit Zahlungsunfähigkeit bzw, Vermögenslosigkeit identisch ist) und der gegenwärtigen Annahme, zu dem vereinbarten späteren Fälligkeitszeitpunkt zahlen zu können, und der Absicht, dann zahlen zu wollen, auslegen.

Problematischer ist die Frage, ob der Kreditgeber mit der Kreditverlängerung eine Vermögensverfügung trifft und ob ihm ein Vermögensschaden entsteht. Eine Verfügung traf

der Kreditgeber, als er dem Schuldner das Darlehen bzw. den Kaufgegenstand übergab. Die Kreditverlängerung enthält nur den Verzicht des Gläubigers auf das Recht, seine Forderung im ursprünglich vereinbarten 1. Fälligkeitszeitpunkt geltend zu machen, und die Vereinbarung eines neuen, späteren Fälligkeitszeitpunktes.

Nach allgemeiner Ansicht nimmt derjenige, der es unterläßt, eine Forderung geltend zu machen, eine Vermögensverfügung vor[1], Der Vermögensschaden wird teilweise darin gesehen, daß der Gläubiger auf das Recht, am ursprünglichen Fälligkeitstage von einem solventen Schuldner sofortige Zahlung zu verlangen, verzichtet[2]. Dieser Ansicht muß jedoch entgegengehalten werden, daß es auf die mit der Stundung verbundene rechtliche Schlechterstellung des Gläubigers durch Aufgabe seiner Vertragsrechte für die Feststellung eines wirtschaftlichen Vermögensschadens nicht ankommen kann[3]. Das ergibt sich zudem daraus, daß der Betrug seinem Wesen nach eine unbewußte Selbstschädigung des Opfers voraussetzt[4]. Die Aufgabe des Rechtes, bei der ursprünglichen Fälligkeit die Zahlung zu fordern, erfolgt aber seitens des Gläubigers bewußt.

Allgemein wird von der h.M.[5] angenommen, der wirtschaftliche Wert des Gläubigervermögens habe sich nicht verringert und es sei kein Schaden eingetreten, wenn der Schuldner zur Zeit der ursprünglichen Fälligkeit, also z.Zt. der Kreditverlängerung, ohnehin zahlungsunfähig war. In diesem Punkte ist

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 41 m.w.N.

2) RGSt 3, 333; Binding LB BT I S. 361 Fußn. 3.

3) RG HRR 1940 Nr. 1270; BGHSt 1, 264; RG JW 1927, 1488 Nr. 19; RGSt 16, 164; RG Recht 1904, 456 Nr. 1945; RG LZ 1919, 55 f.

4) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 37.

5) RG JW 1938, 1317 Nr. 11; RG GA 37, 295; RG HRR 1938 Nr. 863; BGHSt 1, 264; RGSt 16, 164 = Rspr. 9, 366; RG Recht 1907, 392 Nr. 839; RG HRR 1940 Nr. 1270; RG JW 1927, 1489 Nr. 19; Goldschmidt ZStW 48, 163; Grünhut RG-Praxis V, 121; Binding LB BT I S. 361 Fußn. 3; Meyer-Allfeld S.475 Fußn.37; Watzka S. 70; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B a.

der h.M. zuzustimmen.Wenn die Forderung zur Zeit der ursprünglichen Fälligkeit uneinbringlich ist, kann das Vermögen des Gläubigers durch die Kreditverlängerung nichts an Wert verlieren.

Eine gegenteilige Ansicht wird nur von Eckstein[1] und Kyll[2] vertreten. Diese meinen, der eine uneinbringliche Forderung stundende Gläubiger erleide einen Schaden, weil er, wenn er die Stundung nicht gewährt hätte, sich einen vollstreckbaren Titel hätte verschaffen können. Dieser Titel habe für den Gläubiger insofern Wert, als er sofort zugreifen könne, sobald der Schuldner wieder zu Vermögen komme. Er stehe günstiger als der Gläubiger, der die Stundung gewährt habe, denn seine Hoffnungen seien größer.

Gegen diese Ansicht Ecksteins und Kylls ist einzuwenden, daß zur Feststellung eines Vermögensschadens zwischen dem Vermögenswert des Gläubigers vor und nach der Verfügung - der Stundung - eine Differenz bestehen muß. Vor der Verfügung war dem Gläubiger ein Schaden entstanden dadurch, daß der Schuldner bei Fälligkeit zahlungsunfähig war. Die Forderung, die gestundet wurde, war ein Recht ohne Wert, da sich ihre Realisation bei Fälligkeit als unmöglich erwiesen hatte. Infolge der Stundung verschlechterte sich die Vermögenslage des Gläubigers nicht. Ist die Realisierung einer Forderung auch im zweiten Fälligkeitszeitpunkt nicht möglich, so wird dadurch kein zusätzlicher Schaden begründet, auch wenn während der Stundungszeit eine Realisierung der Forderung möglich gewesen wäre. Es handelt sich nur um die Fortdauer eines bereits z.Zt. der ursprünglichen Fälligkeit eingetretenen Schadens. Eine Realisierung der Forderung mit Hilfe eines vollstreckbaren Titels, die der nicht stundende Gläubiger erreichen könnte, wäre nur eine Wiedergutmachung des vorher eingetretenen Schadens. Die Verhinderung einer

---

1) Eckstein GA 58, 86 Fußn. 142.

2) Kyll S. 35.

solchen Wiedergutmachung kann aber keinen zusätzlichen, über das Maß des bereits eingetretenen Schadens hinausgehenden Schaden begründen.

Eine andere Sachlage besteht, wenn der Schuldner zur Zeit der Stundung ganz oder teilweise zahlungsfähig ist. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, daß das Vermögen des Gläubigers infolge der Stundung vermindert und geschädigt wird. Einen Betrug durch Stundung einer Geldforderung gegen einen zahlungsfähigen Schuldner verneinen Frank[1] ohne Begründung und Watzka[2] mit der Begründung, der einzige denkbare Schaden liege in der Verschlechterung der Möglichkeit einer zwangsweisen Beitreibung der Forderung, doch sei dieser Schaden nicht relevant, da er nicht unmittelbare Folge der Stundung sei, sondern sich als Schädigung durch den Schuldner oder sonstige Dritte darstelle, z.B. durch andere Gläubiger, die dem Stundenden mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zuvorkämen. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch die h.M., der Watzka folgt, für die Bewertung einer Forderung meistens irgendwelche Faktoren berücksichtigen muß, wie z.B. die Entwicklung der Vermögensverhältnisse und Handlungen des Schuldners, die neben der schadensverursachenden Verfügung wirken. Die Verfügung einzig und allein ist nur in dem Fall für den Schaden ursächlich, daß der Täter sich eine Sache ohne vereinbarte Gegenleistung erschwindelt.

Bei einer Kreditverlängerung verzichtet der Gläubiger auf die sofortige Einziehung der Forderung. Er überläßt dem Schuldner das, was dieser eigentlich hätte an den Gläubiger leisten müssen, bis zum zweiten Fälligkeitstermin. Deshalb ist die Kreditverlängerung in etwa so anzusehen, als ob der Gläubiger dem Schuldner das, was er von dem Schuldner hätte erlangen können - sei es bei der vollen Zahlungsfähigkeit der volle Forderungswert, sei es bei teilweiser Zahlungsfähigkeit ein Teilwert der Forderung - wieder als Dar-

---

1) Frank § 263 V 4.

2) Watzka S. 71 f.

lehen gegeben hätte. Deshalb können auf die Stundung durch Kreditverlängerung die für den Kreditbetrug entwickelten Grundsätze angewandt werden[1]. Als Kredit gilt der Wert, den der Gläubiger vom Schuldner im Augenblick der ursprünglichen Fälligkeit hätte bekommen können.

So nimmt die herrschende Meinung[2] von ihrem Standpunkt aus eine Bewertung der Forderung unmittelbar vor der Stundung und eine Bewertung unmittelbar nach der Stundung unter Berücksichtigung der zu erwartenden Zahlungsfähigkeit des Schuldners im zweiten Fälligkeitszeitpunkt vor und vergleicht beide Werte miteinander. Sie bejaht einen Vermögensschaden, wenn durch die Stundung die zur Zeit ihrer Gewährung noch vorhandene Einbringlichkeit der Forderung vereiteilt oder vermindert oder in höherem Grade, als es ohne die Stundung der Fall gewesen sein würde, gefährdet wird. Das bedeutet, daß nach h.M. ein Schaden dann vorliegt, wenn zur Zeit der ursprünglichen Fälligkeit für die Einbringung der Forderung günstigere Bedingungen vorlagen als mittels einer Prognose für die Zeit nach Ablauf der Stundungsfrist unter Zugrundelegung der Verhältnisse, wie sie z.Zt. der Stundung bestanden, erwartet werden kann[3].

Bemerkenswert ist, daß die die herrschende Meinung vertretende Rechtsprechung zum Teil nicht darauf abstellt, welchen Wert die Forderung nach der Stundung auf Grund der Prognose über die künftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners hat, sondern darauf, ob sich die Vermögenslage des Schuldners nach der Stundung tatsächlich verschlechtert hat. Ein Schaden wird angenommen, wenn der Schuldner "zur Zeit der

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 112; Eckstein GA 58, 86; Cramer S. 139.

2) RGSt 16, 164; 70, 47; RG HRR 1940 Nr. 1270; RG HRR 1938, Nr. 863; RG GA 37, 294; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 86; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 B a; Jagusch LK § 263 Anm. 11 c u. Bem. III 4 m vor § 249; Olshausen § 263 Nr. 35 II; Meyer-Allfeld S. 475 Fußn. 37; Goldschmidt ZStW 48, 163; Lehmann JW 1928, 811; Cramer S. 139.

3) Goldschmidt ZStW 48, 163 f.

Stundung noch zahlungsfähig oder in höherem Maße zahlungsfähig war als später."[1] Der Schadenseintritt wird bei der Stundung davon abhängig gemacht, "ob sich namentlich die Vermögensverhältnisse des Schuldners nach diesem Zeitpunkt verschlechtert haben."[2] Ganz eindeutig ist folgende Formulierung: "Eine solche (Vermögensbeschädigung) liegt nur dann vor, wenn der ökonomische Wert der Forderung mit Rücksicht auf die tatsächliche Vermögenslage des Schuldners zur Zeit ihrer ursprünglichen Fälligkeit ein höherer ist als im Zeitpunkte der abgelaufenen Stundungsfrist. Nicht darauf kommt es an, ob innerhalb dieser beiden Zeitpunkte die Vermögenslage des Schuldners sich verschlechtern kann, sondern ob sie in Wirklichkeit eine schlechtere wird."[3]

Eine solche Auffassung der Rechtsprechung würde sich mit der hier vertretenen Meinung vollkommen decken. Nicht der durch eine Prognose bestimmte Wert der Forderung unmittelbar nach der Stundung ist das Äquivalent für den mittels der Stundung gewährten Kredit in Höhe des Betrages, den der Gläubiger ohne die Stundung im Zeitpunkt der ursprünglichen Fälligkeit erhalten hätte, sondern das, was der Gläubiger tatsächlich bei Ablauf der Stundungsfrist erhält. Es gelten dieselben Regeln wie für den Kreditbetrug.

Folgendes Schaubild verdeutlicht, in welchen Fällen schon durch die ursprüngliche Kreditgewährung und in welchen Fällen erst durch die Kreditverlängerung der Schaden eintritt:

---

1) BGHSt 1, 264; RG JW 1927, 1488 Nr. 19.
2) RG LZ 1919, 55 f.
3) RG Recht 1904, 456 Nr. 1945

Zahlungsfähigkeit bei Kreditverlängerung	Zahlungsfähigkeit bei 2. Fälligkeit	Schaden durch Kreditgewährung	Schaden durch Kreditverlängerung
voll	voll	nein	nein
teilweise	voll	ja	nein
keine	voll	ja	nein
teilweise	teilweise	ja	nein
keine	teilweise	ja	nein
keine	keine	ja	nein
teilweise	keine	ja	ja
voll	teilweise	nein	ja
voll	keine	nein	ja

6. Scheckbetrug

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, mit Hilfe eines Schecks einen Betrug zu begehen. Hier soll nur der Fall behandelt werden, daß jemand für eine Leistung, die er erhalten hat, dem Leistenden einen im Zeitpunkt der Begebung ungedeckten Scheck aushändigt.

Zweifelhaft ist, ob derjenige, der einen ungedeckten Scheck begibt, eine Täuschung verübt. Es muß untersucht werden, ob im rechtsgeschäftlichen Verkehr in der Begebung eines Schecks zugleich die Versicherung des Ausstellers gesehen wird, daß der Scheck schon im Zeitpunkt der Begebung gedeckt sei, oder ob der Scheckbegebung nur die Erklärung innewohnt, der Scheck könne bei Vorlegung eingelöst werden.

Aus dem Scheckgesetz läßt sich zu dieser Frage nichts entnehmen. Aus Art. 3 ScheckG ergibt sich, daß der Scheckaussteller ein Guthaben bei dem Bezogenen haben muß. In welchem Augenblick das Guthaben vorhanden sein muß, ist jedoch im ScheckG nicht vorgeschrieben, Zudem ist die Gültigkeit des Schecks nicht von dem Bestand eines Guthabens abhängig.

Auch eine Untersuchung des Wesens und der Funktion des Schecks gibt keinen Aufschluß. Vielfach wird angenommen, der Scheck sei nicht als Kreditpapier, sondern als ein der Bar-

zahlung gleichstehendes Zahlungsmittel anzusehen, das vornehmlich dem Bedürfnis, keine größeren Barmittel mit sich führen zu müssen, seine Entstehung verdanke. Mit dieser Auffassung vom Wesen des Schecks sei es (an sich) nicht vereinbar, wenn die Deckung erst nach Ausstellung beschafft werde[1]. Der Scheck sei Ersatz der Barzahlung, könne jederzeit, auch unmittelbar nach der Begebung, zur Einlösung vorgelegt werden, und deshalb könne der Nehmer des Schecks erwarten, daß der Scheck schon bei der Begebung gedeckt sei und bis zur Vorlegung gedeckt bleibe.

Der Scheck mag in seiner eigentlichen Funktion ein bargeldloses Zahlungsmittel sein. Notwendig ist das jedoch nicht. Bertling[2] weist darauf hin, daß der Scheck als eine "mildere Abart des Wechsels" in zahlreichen Fällen als Kreditmittel verwendet und damit seiner Funktion als Bargeldersatz weitgehend enthoben wird. Auch der BGH[3] und Niese[4] sowie das RG[5] in einem Urteil sehen in dem Scheckbetrug einen Unterfall des Kreditbetruges. Der Empfänger eines Schecks erhält nicht "Geld", sondern eine Scheckforderung. Deren Besonderheit, die den Scheck "wie ein Zahlungsmittel" erscheinen läßt, liegt u.a. in der Loslösung vom Kausalgeschäft.

Daß der Scheck eine Forderung begründen kann und nicht unbedingt Zahlungsmittel = Bargeldersatz ist, zeigt sich daran, daß Art. 3 ScheckG die Gültigkeit des Schecks vom Vorhandensein eines Guthabens gerade unabhängig macht, wodurch dem Gläubiger die scheckrechtlichen Sicherungen erhalten bleiben und sich eben beim Fehlen der Deckung praktisch auswirken. Wer einen Scheck annimmt und seinerseits

---

1) Mayer JZ 1953, 25; Hagemann DJ 1939, 416; OLG Oldenburg JZ 1951, 340; RG JW 1909, 515 Nr. 13; Simonson-Schweling S. 8.

2) Bertling S. 36.

3) BGHSt 3, 72.

4) Niese NJW 1952, 691 u. 1187.

5) RG JW 1930, 3776 f.

leistet, begnügt sich mit einer Forderung an Stelle der Barzahlung[1].

Daß die Hingabe eines Schecks noch keine Zahlung darstellt, sondern eine Forderung begründet, und damit bis zur Einlösung des Schecks ein Kredit besteht, ergibt sich außerdem daraus, daß die Hingabe eines Schecks zur Tilgung einer Schuld im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich eine Leistung zahlungshalber, nicht aber an Zahlungs Statt bedeutet. Es liegt nur ein Zahlungsversuch vor[2]. Der Gläubiger hat bis zur Einlösung eine Grundforderung und eine Scheckforderung gegen den Schuldner. Getilgt ist die Schuld (Grundforderung und Scheckforderung) erst, wenn die bezogene Bank den Scheck eingelöst oder den Gegenwert dem Gläubiger vorbehaltlos gutgeschrieben hat[3]. Wenn der Scheck nicht eingelöst wird, wenn er also "platzt", kann der Gläubiger Befriedigung aus der Grundforderung suchen. Die Grundforderung ist durch die Scheckbegebung nicht erloschen, wie das der Fall sein würde, wenn der Scheck wie die Barzahlung zu behandeln, also ein Bargeldersatz wäre. Die Hingabe eines Schecks wird nach zivilrechtlichen Grundsätzen nur dann - sozusagen rückwirkend - als Zahlung behandelt, wenn der Scheck tatsächlich eingelöst wird[4]. Steht ein Scheckbetrug in Frage, so handelt es sich aber gerade um Fälle, in denen der Scheck nicht eingelöst wurde.

Ganz unterschiedlich sind die Ansichten darüber, was nach allgemeiner Verkehrsauffassung mit der Scheckbegebung zum Ausdruck gebracht wird. Folgende Meinungen werden vertreten: Die Begebung eines Schecks enthalte

a) die Zusicherung, daß im Augenblick der Begebung Deckung vorhanden sei[5].

---

1) Niese NJW 1952, 692.

2) Baumbach-Hefermehl Einl.z.ScheckG Rdn. 19; BGHZ 44, 179; Maurach BT § 38 II B 1 c bb; Breit Anh. zu § 1 Anm. 8; a.A.: RG JW 1909,515 Nr. 13.

3) BGHZ 44,179; Baumbach-Hefermehl, Einl.z.ScheckG Rdn. 19.

4) BGHZ 44, 180.

5) BGH LM § 263 Nr. 7; BayObLG JW 1925,1515 = LZ 1925, 487; RG JW 1909, 515 Nr. 13; Mayer JZ 1953,26; RG JW 1928, 810 Nr. 31.

b) das Versprechen, daß während der ganzen Dauer der Vorlegungsfrist volle Deckung vorhanden sei[1],

c) jedenfalls (also zumindest) das Versprechen, ein bestehendes Guthaben nicht etwa bis zur Vorlegung des Schecks ersatzlos zu beseitigen[2],

d) in der Regel die Zusicherung, daß bei der Vorlegung des Schecks Deckung vorhanden sei[3].

Im Einzelfall sei es Tatfrage, wie das gesamte Verhalten des Täters ausgelegt werden müsse. Genaugenommen werde mit der Begebung die Tatsache behauptet, daß der Aussteller die Überzeugung[4] habe, es bestehe eine feste Aussicht[5] auf Deckung im Zeitpunkt der Vorlegung, daß er jedenfalls nicht mit der Möglichkeit rechne und es nicht in Kauf nehme, daß bei der Vorlegung keine Deckung vorhanden sei[6].

Von denen, die eine Vorspiegelung der Deckung bei Begebung annehmen, wird vor allem geltend gemacht, daß der Scheck gemäß Art. 28 ScheckG bei Sicht zahlbar sei und sofort nach der Begebung vorgelegt werden könne[7]. Deshalb sei dem Scheckempfänger der Kontostand des Ausstellers im Zeitpunkt der Begebung nicht gleichgültig, denn das Vorhandensein dieser Deckung bereits in diesem Zeitpunkt biete zwar keine absolute, aber doch eine erhöhte Gewähr dafür, daß diese Deckung auch bei Vorlegung vorhanden sein werde. In diesem Falle könne die Einlösung nur durch eigene Tätigkeit des Ausstellers, nämlich durch zwischenzeitliche anderweitige Verfügung über die

---

1) OLG Oldenburg JZ 1951, 340; RG JW 1928, 1382; Hagemann DJ 1939, 416; Quassowski-Albrecht S. 48; Simonson-Schweling S. 32.

2) Bockelmann ZStW 1967, 49.

3) RG HRR 1941 Nr. 521, 2. unter dieser Nr. abgedr.Urteil; BGHSt 3,71; Schönke-Schröder § 263 Rdn.12; Kohlrausch-Lange § 263 II 2; Baumbach-Hefermehl Art. 3 SchG Rdn. 2; Mezger JZ 1951, 341; Niese NJW 1952, 692; Breit, Anh. zu § 4 Anm. 67; Mannheim JW 1925, 1516; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 2 A b.

4) Maurach § 38 II B 1 c bb.

5) Welzel § 54 I 1 a.

6) Bertling S. 37.

7) OLG Oldenburg JZ 1951, 340; Hagemann DJ 1939, 416; RG JW 1928, 1382; Simonson-Schweling S. 33.

Deckung, vereitelt werden. Bei einem im Begebungszeitpunkt ungedeckten Scheck sei die Einlösung nicht in so hohem Maße wahrscheinlich, da die Einlösung nicht vom Willen des Ausstellers, sondern von der Tätigkeit Dritter und Zufällen beim Eingang von Zahlungen auf das Konto abhängig sei. Deshalb könne der Empfänger davon ausgehen, daß der Scheck im Begebungszeitpunkt gedeckt sei[1].

Diejenigen, die in der Begebung eines Schecks nur die Vorspiegelung der Deckung bei der Einlösung sehen, stehen auf dem Standpunkt, daß es den Schecknehmer in der Regel nur interessiere, ob Deckung in dem Augenblick vorhanden sei, in dem er das Geld von der Bank unter Vorlegung des Schecks beanspruche. Was bis dahin auf dem Konto des Ausstellers vorgehe, sei für ihn gleichgültig[2]. Auch wenn der Scheck bei der Ausstellung noch gedeckt sei, biete das dem Empfänger keine ausreichende Gewähr dafür, daß er später eingelöst werde, da der Aussteller in der Zwischenzeit über das Guthaben verfügen könne. Deshalb brauche der Aussteller nicht anzunehmen, daß dem Empfänger etwas an einer Erklärung über den gegenwärtigen Kontostand liege[3]. Die Zusicherung der Deckung beziehe sich deshalb in der Regel auf den Zeitpunkt der Vorlegung des Schecks[4].

Zu den verschiedenen Ansichten ist zu sagen, daß die Ansicht a) abzulehnen ist. Würde lediglich die Tatsache der Deckung im Augenblick der Begebung vorgespiegelt werden, so müßte derjenige straflos bleiben, dessen einziges Vermögen ein Guthaben über 1000,-- DM ist und der gleichzeitig fünf Schecks über 1000,-- DM begibt. Für jeden einzelnen Scheck ist bei der Begebung Deckung vorhanden, und deshalb würde keine Täuschung vorliegen.

---

1) Mayer JZ 1953, 26; Hagemann DJ 1939, 416.
2) BGHSt 3, 71; Breit Anh. zu § 4 Anm. 66.
3) BGHSt 3, 71.
4) BGHSt 3, 71; Breit Anh. zu § 4 Anm. 67.

Die Ansicht c) ist nur eine Teildeutung der Scheckbegebung als Täuschungshandlung. Man kann ihr folgen, kommt aber zu keinem vollständigen Ergebnis.

Zu der Ansicht d) ist zu sagen, daß die "Deckung bei Vorlegung" etwas Zukünftiges und keine gegenwärtige Tatsache ist, wie sie gemäß § 263 StGB vorgespiegelt werden muß. Maurach[1], Welzel[2] und Bertling[3] haben das erkannt und nehmen die Vorspiegelung einer gegenwärtigen inneren Tatsache an: der Ansicht des Ausstellers, bei Vorlegung werde Deckung vorhanden sein. An der Ansicht d) ist jedoch auszusetzen, daß die "Vorlegung" kein objektiv bestimmter oder bestimmbarer Zeitpunkt ist, sondern vom Willen und den Möglichkeiten des Empfängers abhängt. Die Ansicht des Ausstellers, zu einer ihm nicht bekannten Zeit sei Deckung vorhanden, kann kaum als Tatsachenbehauptung angesehen werden.

Die Ansicht b) erscheint zu streng. Begibt jemand am Freitagabend einen ungedeckten Scheck in der Absicht, selbst am Montagmorgen den Deckungsbetrag einzuzahlen, so wird man keine Täuschung annehmen können, obgleich nicht während der ganzen Dauer der objektiven Vorlegungsfrist Deckung vorhanden war.

Richtig ist eine Kombination der Ansichten b) und d). Der Aussteller spiegelt i.d.R. bei der Scheckbegebung vor, er sei der Ansicht und vertraue darauf, daß der Scheck einlösbar sei, d.h. daß Deckung vorhanden sein werde, sobald eine Einlösung nach den Umständen des Einzelfalles möglich und mit ihr zu rechnen sei, und daß die Deckung bis zur Einlösung bestehen bleibe. Es gibt zwar keine Gepflogenheiten im Scheckverkehr, nach denen der Schecknehmer mit der Einlösung wartet. Es ist aber oft schlechthin unmöglich, daß der Empfänger den Scheck sofort nach der Begebung vorlegt. Der Aussteller wird vielfach mit völliger Sicherheit berechnen kön-

---

1) Maurach § 38 II B 1 c bb.

2) Welzel § 54 I 1 a.

3) Bertling S. 37.

nen, daß mit Rücksicht auf die Geschäftsstunden der bezogenen Bank oder die persönlichen Verhältnisse des Empfängers der Scheck erst nach einigen Tagen vorgelegt werden kann[1]. Erst in diesem Zeitpunkt muß der Scheck gedeckt sein.

Etwas anderes gilt, wenn vertraglich ein späterer Vorlegungszeitpunkt vereinbart wurde oder wenn ein vordatierter Scheck begeben wurde. Gemäß Art. 28 Abs. 2 ScheckG ist zwar auch ein vordatierter Scheck am Vorlegungstage zahlbar. Seine Vorlegung zur Einlösung ist also jederzeit möglich. Es braucht aber nicht mit einer früheren Vorlegung gerechnet zu werden. Deshalb kann nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bei einem vordatierten Scheck regelmäßig nicht angenommen werden, daß er schon dann, wenn die Einlösung zeitlich möglich ist, gedeckt ist[2].

Auch zu der Frage, ob ein bei der Begebung ungedeckter Scheck, der bei der Vorlegung aber eingelöst wurde, einen Vermögensschaden des Ausstellers herbeiführt, sind die Ansichten geteilt. Eswird angenommen, der Schecknehmer sei geschädigt,

a) wenn der Scheck bei der Begebung nicht gedeckt sei[3],

b) wenn der Scheck im Zeitpunkt der Vorlegung nicht gedeckt sei und deshalb nicht eingelöst werde[4],

c) wenn bei der Begebung nicht zu erwarten sei, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Zeitpunkt der Vorlegung Deckung bestehe und der Scheck eingelöst werde. In diesem Falle sei die Scheckforderung wirtschaftlich nicht vollwertig[5].

---

1) BGHSt 3, 71.

2) RG HRR 1941 Nr. 521 (2. unter dieser Nr. abgedrucktes Urteil).

3) RG JW 1930, 3776 f; RG JW 1909, 515 Nr. 13; OLG Oldenburg JZ 1951, 340; BayObLG LZ 1925, 487; Jagusch LK Bem. III 4 i vor § 249 u. § 263 Anm. 5; Olshausen § 263 Nr. 22 I A b; Hagemann DJ 1939, 416

4) RG JW 1927, 893; Mannheim JW 1925, 1515 f; Breit Anh. zu § 4 Anm. 66; Simonson-Schweling S. 32 u. 34; Quassowski-Albrecht S. 47.

5) BGHSt 3,72; BGH bei Herlan MDR 1955, 528; Niese NJW 1952, 692 u. 1187; Baumbach-Hefermehl Art. 3 SchG Rdn. 2; Grünhut RG-Praxis V S. 121.

Der Schadensauffassung der herrschenden Meinung folgend, nehmen die Vertreter aller drei Meinungen eine Bewertung des dem Scheckempfänger für seine Leistung gegebenen Schecks vor, um festzustellen, ob im Augenblick des Austausches von Leistung und Scheck diese beiden sich wertmäßig entsprechen. Es wird davon ausgegangen, daß Leistung und Schecksumme einander entsprechen. Geprüft wird, ob der Scheck den Wert der Schecksumme hat.

Die Vertreter der Meinung a) nehmen an, ein im Begebungszeitpunkt ungedeckter Scheck sei weniger wert als ein gedeckter Scheck[1]. Die Formulierung, ein bei Begebung ungedeckter Scheck habe einen geringeren Wert als eine Barzahlung[2], bedeutet dasselbe, da in den entsprechenden Urteilen die Scheckbegebung der Barzahlung gleichgestellt wird. Der Minderwert des Schecks wird damit begründet, daß es immer ungewiß sei, ob ein zur Zeit der Begebung ungedeckter Scheck bis zur Vorlegung Deckung erhalte, denn der rechtzeitige Eingang der Deckung auf das Konto hänge in aller Regel von Maßnahmen Dritter ab, auf die der Aussteller nicht ohne weiteres wirksam Einfluß nehmen könne. Auch ein Tätigwerden des Ausstellers zur Beschaffung von Deckung sei nicht sicher. Wegen dieser Ungewißheit und Gefährdung der Scheckeinlösung sei ein z.Zt. der Begebung ungedeckter Scheck minderwertig und es liege ein Schaden vor[3].

Die Meinungen b) und c) sind sich darin einig, daß ein im Begebungszeitpunkt ungedeckter Scheck nicht unbedingt weniger wert sei als ein gedeckter[4]. Denn bis zur Vorlegung

---

1) BayObLG LZ 1925, 487; Jagusch LK Bem. III 4 i vor § 249 u. § 263 Anm. 5; Olshausen § 263 Nr. 22 I A b; Hagemann DJ 1939, 416.

2) OLG Oldenburg JZ 1951, 340; RG JW 1909, 515 Nr. 13

3) Hagemann DJ 1939,416; OLG Oldenburg JZ 1951, 340; RG JW 1930, 3776.

4) BGHSt 3, 72; RG JW 1927, 893; Niese NJW 1952, 692 u. 1187; Grünhut RG-Praxis V S. 121; Mannheim JW 1925, 1516; Baumbach-Hefermehl Art. 3 SchG Rdn. 2; Simonson-Schweling S. 32; Quassowski-Albrecht S. 47.

könne durch nachträgliche Verfügungen des Ausstellers über sein Konto beim Bezogenen der ursprünglich gedeckte Scheck seine Deckung verlieren und der ursprünglich ungedeckte könne sie durch entsprechende Maßnahmen erlangen, z.B. durch Überweisung eines Dritten oder durch eine Einzahlung des Ausstellers.

Die Meinung c) prüft genauso wie die h.M. beim Kreditbetrug den Wert des Schecks mit Hilfe einer nachträglichen, d.h. nach Abschluß des gesamten Geschehensablaufs angestellten Prognose. Wenn im Augenblick der Scheckbegebung nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht anzunehmen und nicht damit zu rechnen ist, daß der Scheck bei Vorlage gedeckt sein und eingelöst werden wird, liegt nach der Meinung c) ein Schaden vor[1].

Nach der in dieser Arbeit vertretenen, an der Realisierung der Forderung orientierten Auffassung, ist der "Wert des Schecks" im Zeitpunkt der Begebung unerheblich. Da der Scheck der Barzahlung nicht gleichsteht und nicht an Erfüllungs Statt, sondern nur erfüllungshalber gegeben wird, ist der Scheck ebensowenig die eigentlich geschuldete Gegenleistung für die Leistung des Scheckempfängers wie die Forderung für die Leistung des Kreditgläubigers. Der Scheck ist ebenso wie die Forderung seiner Natur nach darauf angelegt, nicht auf Dauer Vermögensbestandteil zu sein, sondern sich in Bargeld umzuwandeln. Mit dem Scheck allein ist dem Empfänger nicht gedient. Es liegt im Wesen des Schecks begründet, daß er aus dem Vermögen ausscheiden muß und durch Geld ersetzt wird. Deshalb ist die eingelöste Summe das bei der Schadensfeststellung zu berücksichtigende Äquivalent, nicht der "Wert des Schecks". Wird der Scheck eingelöst, so steht fest, daß kein Schaden eingetreten ist.

---

1) BGHSt 3, 72; BGH bei Herlan MDR 1955, 528; Niese NJW 1952, 692 u. 1187; Grünhut RG-Praxis V S. 121; Baumbach-Hefermehl Art. 3 SchG Rdn. 2.

Zu genau demselben Ergebnis kommt die Meinung b) mit sehr treffenden Begründungen. Es ist nicht notwendig, daß das Guthaben schon zur Zeit der Begebung des Schecks besteht[1]. Der Scheck erfüllt seinen wirtschaftlichen Zweck, wenn ein zu seiner Einlösung ausreichendes Guthaben bei seiner Vorlegung vorhanden ist[2]. Es ist also genügend, andererseits aber auch erforderlich, daß der Scheck im Zeitpunkt der Vorlegung gedeckt ist[3]. Der Scheckinhaber hat auf Grund des Schecks allein kein Recht auf Deckung des Schecks z.Zt. der Begebung[4]. Einen Schaden erleidet der Schecknehmer nur, wenn der Scheck im Zeitpunkt der Vorlegung nicht gedeckt ist und aus diesem Grunde vom Bezogenen nicht eingelöst wird[5].

Hinzuzufügen ist noch, daß die Einlösung des Schecks ersetzt werden kann durch eine Befriedigung des Schecknehmers im Wege des Scheckprozesses gemäß § 605 a i.V.m. §§ 602 bis 605 ZPO bzw. durch freiwillige Zahlung des Ausstellers während der sehr kurzen Einlassungsfrist (§ 604 ZPO). Erhält der Schecknehmer auf diese Weise sein Geld, so erleidet er keinen Vermögensschaden.

Ein Schaden des Empfängers kann auch nicht etwa darin erblickt werden, daß er, wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre und er die Annahme des Schecks abgelehnt hätte, in seinen Vermögensverhältnissen besser dagestanden hätte, weil der Aussteller Barzahlung geleistet hätte oder der Empfänger in der Lage gewesen wäre, durch geeignete Schritte seine Forderung ganz oder teilweise durchzusetzen oder wenigstens eine Sicherstellung zu erlangen. Diese Argumentation findet sich in einem Reichsgerichtsurteil[6]. Es komme, so fährt das Reichsgericht fort, darauf an, ob zur Zeit der Hingabe des Schecks die Vermögensverhältnisse des Ausstellers derart waren, daß, falls er nicht freiwillig Barzahlung

---

1) Simonson-Schweling S. 32; RG JW 1927, 893.
2) RG JW 1927, 893; Mannheim JW 1925, 1515.
3) Quassowski-Albrecht S. 47.
4) Mannheim JW 1925, 1516.
5) RG JW 1927, 893; Mannheim JW 1925, 1515 f; Breit Anh. zu § 4 Anm. 66; Simonson-Schweling S. 34.
6) RG JW 1928, 811 Nr. 31.

leistete, ein gerichtliches Vorgehen wenigstens teilweise zur Sicherstellung oder Befriedigung geführt hätte, und ob in der Zwischenzeit eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Ausstellers eingetreten sei, so daß die infolge der Täuschung über den Verkehrswert des Schecks unterbliebene rechtzeitige Geltendmachung der Forderung die Ursache davon sei, daß der Empfänger nicht befriedigt worden sei[1].

Gegen diese Auffassung ist, wie Bertling[2] zutreffend ausführt, einzuwenden, daß ein Scheck sogleich nach Empfang der bezogenen Bank zur Einlösung vorgelegt werden kann und der Scheckinhaber bei unverzüglicher Scheckvorlage sofort von der Deckungslosigkeit erfährt und dann die Möglichkeit hat, im Scheckprozeß schneller zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen als im gewöhnlichen Zivilprozeß. Der Schecknehmer steht sich also besser als der Gläubiger eines wirtschaftlich unsicheren Schuldners, der keinen Scheck in Händen hat.

Der Schädigungsvorsatz muß mindestens dolus eventualis sein, liegt also dann vor, wenn der Täter die Nichteinlösung des Schecks infolge fehlender Deckung in Kauf nimmt und billigt. Wer sich sagt: "Hoffentlich platzt der Scheck nicht" hat Eventualvorsatz, denn er begibt den Scheck auf die Gefahr hin, daß er platzt[3]. Der Schädigungsvorsatz ist ausgeschlossen, wenn der Aussteller auf die rechtzeitige Dekkung vertraut hat, z.B. auf Grund der bestimmten Anzeige einer ausreichenden Überweisung durch einen vertrauenswürdigen Schuldner oder der sicheren Möglichkeit, das Konto aus eigenen Mitteln aufzufüllen oder der begründeten Annahme, daß die Laufzeit des Schecks, etwa infolge Versendung nach auswärts, genügend Zeit zu rechtzeitiger Deckung läßt[4].

---

1) RG JW 1928, 811 Nr. 31.
2) Bertling S. 38 f.
3) Niese NJW 1952, 692.
4) Niese NJW 1952, 692.

7. Betrug durch Veräußerung unterschlagener oder durch Betrug erlangter Gegenstände ("Makeltheorie")

Veräußert jemand einen Gegenstand, der ihm nicht gehört und über den er nicht verfügungsbefugt ist, so kann er dem Erwerber gemäß § 932 ff BGB das Eigentum daran verschaffen, wenn der Erwerber in Bezug auf das Eigentum des Veräußerers in gutem Glauben ist und es sich nicht um einen unter § 935 BGB fallenden gestohlenen oder abhanden gekommenen Gegenstand handelt. Ist ein Gegenstand unterschlagen oder durch Betrug erlangt worden, so ist ein gutgläubiger Erwerb möglich, weil die Sache nicht ohne Willen des ursprünglichen Eigentümers aus dessen Besitz gekommen und folglich nicht abhanden gekommen ist.

Für die Frage, ob der gutgläubige Erwerber einen Betrugsschaden erlitten hat, sind zwei Alternativen zu unterscheiden: 1) Kaufvertrag und Übereignung fallen zusammen. 2) Die Übereignung soll erst einige Zeit nach Kaufabschluß erfolgen.

Findet zugleich mit dem Abschluß des Kaufvertrages der gutgläubige Erwerb statt, so besteht ein Zustand der Ungewißheit, ob der Erwerber in einem Rechtsstreit mit dem ursprünglichen Eigentümer seinen gutgläubigen Erwerb wird verteidigen müssen und ob der Erwerber genötigt sein wird, den Gegenstand aus geschäftlichen Gründen freiwillig zurückzugeben. Soll die Übereignung dem Kaufabschluß nachfolgen, so ist ungewiß, ob ein gutgläubiger Erwerb überhaupt noch möglich sein wird, da der Käufer inzwischen erfahren kann, daß der Verkäufer nicht Eigentümer ist.

a) Kauf und Übereignung fallen zusammen.

Folgt die Übereignung dem Abschluß des Kaufvertrages unmittelbar nach, so wird von der heutigen Rechtsprechung[1)]

---

1) BGHSt 1, 49; 3, 372; 15, 86 f; BGH GA 1956, 181 u. 182; OLG Hamburg NJW 1956, 392; OLG Köln MDR 1966, 254; RGSt 73, 62 f; RG DR 1940, 106 = DJ 1939, 1908.

und einem Teil der Literatur[1] ein Schaden des gutgläubigen Erwerbers bejaht. Folgende Gründe werden angeführt:

(aa) Der Erwerber habe für den gezahlten Kaufpreis keinen entsprechenden Gegenwert erhalten. Zwar habe er gemäß § 932 BGB das Eigentum erworben, aber es bestehe die Gefahr, daß der frühere Eigentümer ihm sein Eigentumsrecht streitig mache. Wenn im Zeitpunkt der Verfügung nicht feststehe, daß der ursprüngliche Rechtsinhaber das gutgläubig erworbene Recht anerkennen werde, sondern damit zu rechnen sei, daß der Erwerber das Recht - notfalls in einem Rechtsstreit - werde verteidigen müssen, dann habe das Recht, auch wenn später seine Gültigkeit festgestellt werde, nicht den wirtschaftlichen Wert, den ein vom Berechtigten erworbenes unbestreitbares Recht habe, und auch nicht den wirtschaftlichen Wert, den der Erwerber zu erwerben sich vorstelle[2].

Insbesondere sei das Recht des Erwerbers im Wert gemindert, wenn es nicht fernliege, daß diesem eine grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden könne[3], da bei grober Fahrlässigkeit ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 932 BGB nicht möglich sei. Ob ein Vermögensschaden des Erwerbers zu bejahen sei, hänge deshalb wesentlich von den beteiligten Personen, dem Handelsobjekt und den sonstigen Umständen ab, unter denen sich Veräußerung und Erwerb abgespiegelt haben[4].

Selbst wenn sich am Ende eines Zivilprozesses die Rechtsgültigkeit des Eigentumserwerbs herausstelle, ändere das an dem eingetretenen Vermögensschaden nichts, da dieser nicht nach dem schwer voraussehbaren Zivilprozeßergebnis beurteilt werden könne[5]. Gerade die Ungewißheit des Prozeßausgangs zeige den Schaden.

---

1) Mezger ZAk DR 1939, 203; Tröndle GA 1962, 243 f; Geier LM § 263 Nr. 51; Einschränkend: Kohlrausch-Lange § 263 V 2 g; Jagusch LK Bem. III 4 i vor § 249.

2) OLG Hamburg NJW 1956, 392; BGHSt 1, 94; 3, 372; RG DR 1940, 106 = DJ 1939, 1908; Tröndle GA 1962, 244; Geier LM § 263 Nr. 51; Jagusch LK Bem. III 4 i vor § 249; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 82; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 g.

3) OLG Hamburg NJW 1956, 392; BGHSt 3, 372; 15, 86.

4) BGHSt 15, 87; OLG Köln MDR 1966, 254.

5) Geier LM § 263 Nr. 51; BGHSt 3, 372.

Neben der Möglichkeit, in einem Rechtsstreit des bösgläubigen Erwerbs bezichtigt zu werden, bestehe für den Erwerber noch die Gefahr, unter dem Verdacht der Hehlerei strafrechtlich verfolgt zu werden[1].

Die Gefahrenlage, in die der Erwerber versetzt werde, könne ihn zu Geldaufwendungen im bürgerlichen Rechtsstreit und im Strafverfahren nötigen, deren Ersatz oft ungewiß sei, regelmäßig auch zu Opfern an Zeit und Nervenkraft, die gleichfalls die wirtschaftliche Lage des Erwerbers ungünstig beeinflussen könnten, da sie ihn hinderten, seine Arbeitskraft anderweitig nutzbringend zu verwerten[2].

(bb) Überdies werde der Erwerber bis zur Klärung der Sach- und Rechtslage vielfach gehindert sein, den Gegenstand gewinnbringend weiterzuverkaufen, ihn also dem wirtschaftlichen Zweck zuzuführen, für den er ihn erworben habe[3].

(cc) Schließlich sei ein Vermögensschaden auch deshalb gegeben, weil eine gutgläubig erworbene Sache mit einem sittlichen Makel behaftet sei[4]. Deshalb könne der Erwerber sich aus praktischen wirtschaftlichen Gründen veranlaßt sehen, die erworbene Sache dem ursprünglichen Eigentümer zurückzugeben, insbesondere wenn geschäftliche Rücksichten bei Angehörigen desselben Wirtschaftszweiges dies erforderten[5]. Auch Gründe der Wohlanständigkeit könnten den Erwerber aus moralischen Erwägungen dazu bringen, die Sache zurückzugeben[6].

(dd) Insgesamt gesehen sei eine gutgläubig erworbene Sache für den Erwerber oft für seine Zwecke unbrauchbar, weil

---

1) BGHSt 1, 94; 15, 86 f; OLG Köln MDR 1966, 254; RGSt 73, 62; RG DR 1940, 106 = DJ 1939, 1908.

2) RGSt 73, 62; RG DR 1940, 106 = DJ 1939, 1908.

3) BGHSt 15, 87; RGSt 73, 62; Oehler GA 1956, 164; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 82.

4) BGH GA 1956, 181; RGSt 73, 63; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 g; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 82.

5) BGHSt 15, 87; BGH GA 1956, 182; RGSt 73, 63; Bockelmann JZ 1952, 463; Weigelin ZStW 61, 292; Tröndle GA 1962, 244.

6) RGSt 73, 63; Tröndle GA 1962, 244; Mezger ZAk DR 1939, 203.

sachliche Gründe die Rückgabe geböten[1]. Deshalb liege nach der objektiv - individuellen Schadensfeststellung ein Betrug vor.

Alle diese Argumente lassen sich entkräften. Es ist den Vertretern der Gegenmeinung[2], daß ein gutgläubiger Erwerb keinen Vermögensschaden des Erwerbers herbeiführt, beizustimmen. Im einzelnen gilt folgendes:

zu (aa): Der Erwerber erhält für den von ihm gezahlten Kaufpreis ein entsprechendes Äquivalent, wenn der erworbene Gegenstand seinen Preis wert ist. Er bekommt das, was ihm nach dem Kaufvertrag zusteht: unanfechtbares vollwertiges Eigentum[3]. Mit der Bejahung eines Vermögensschadens würde ein Eigentum minderen Wertes eingeführt werden. Das widerspricht eindeutig dem bürgerlichen Recht und führt zu einer Auflösung der klaren, bewußt derartig ausgebildeten Regelung des Gutglaubensschutzes[4]. Mit einer solchen Auffassung würde die Regelung des § 932 BGB aus den Angeln gehoben werden[5].

Die Möglichkeit, einen Rechtsstreit um das Eigentum führen zu müssen, kann für den Erwerber keinen Vermögensschaden begründen. Die Prozeßgefahr, der der Erwerber unter Umständen ausgesetzt ist, ist die normale Verteidigungsgefahr, die jeder Rechtsinhaber zu bestehen hat. Alle Rechte können bestritten werden und müssen unter Umständen in einem Prozeß verteidigt werden[6]. Der Eigentumserwerb des Erwerbers

---

1) Gutmann MDR 1963, 94; RGSt 73, 63.

2) Vgl. die folgenden Zitate.

3) RGSt 49, 17; RG LZ 1921, 384; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5A; Maurach § 38 II B 4 c dd 1; Olshausen § 263 Nr. 22 I B a; Frank § 263 XI 3a; Bockelmann JZ 1952, 463; Gutmann MDR 1963, 94; Oehler GA 1956, 162, 164; Maurer NJW 1953, 1480; Mittelbach JR 1961, 70; Traub NJW 1956, 451.

4) Traub NJW 1956, 451; Oehler GA 1956, 164; Mittelbach JR 1961, 70.

5) Welzel § 54 V 2; Maurer NJW 1953, 1480.

6) Traub NJW 1956, 451; Oehler GA 1956, 164; Gutmann MDR 1963, 94; Mittelbach JR 1961, 70; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 A; Cramer S. 128.

kann ebensogut aus einem anderen Grunde streitig werden, z.B. wegen Bestehens einer behördlichen Genehmigungspflicht, fehlender Geschäftsfähigkeit usw.

Zudem ist ein Prozeß kaum zu erwarten, Da eine rechtliche Verpflichtung zur Herausgabe nicht besteht, ist eine Klage des früheren Eigentümers aussichtslos und deshalb nicht sehr wahrscheinlich[1]. Doch selbst wenn er klagen würde, ist seine Prozeßsituation ungünstig. Das BGB vermutet den guten Glauben des Erwerbers gemäß § 932 Abs. 2 BGB. Die Beweislast für die Bösgläubigkeit des Erwerbers trägt also der frühere Eigentümer als Kläger. Diesen Beweis zu führen, dürfte ihm kaum gelingen, wenn der Erwerber tatsächlich gutgläubig war[2]. Aus diesem Grunde und weil er seinerseits erhebliche - und zwar wegen des Gerichtskostenvorschusses höhere - Aufwendungen einsetzen muß als der Erwerber, wird der Voreigentümer bei wirklichem gutgläubigem Erwerb einen Prozeß vermeiden[3].

Schließlich ist der gegenteiligen Ansicht entgegenzuhalten, daß nach der neueren Rechtsprechung des BGH[4], der eine Vermögensgefährdung als Schaden ansieht, es sich um eine konkrete Vermögensgefährdung handeln muß. Das Risiko, überhaupt einen Prozeß führen zu müssen, genügt nicht. Damit würde nämlich die Gefahr einer Gefahr als Schaden angesehen werden, was sicherlich zu weit geht[5], selbst wenn man der herrschenden Schadensauffassung folgen würde. Ein Prozeßrisiko könnte allenfalls nach h.M. nur dann als Schaden angesehen werden,

---

1) RGSt 49, 17; Maurach § 38 II B 4 c dd 1; Gutmann MDR 1963, 94.

2) Gutmann MDR 1963, 94; Oehler GA 1956, 164; Traub NJW 1956, 451.

3) Traub NJW 1956, 451.

4) BGHSt 21, 114.

5) Traub NJW 1956, 451.

wenn der Prozeß bereits läuft und der Kläger Aussichten auf Erfolg hat.

Dem Einwand der gegenteiligen Meinung, der Erwerber werde im Zivil- oder Strafverfahren zu Geldaufwendungen genötigt, deren Ersatz oft ungewiß sei, ist entgegenzuhalten, daß dann, wenn der Erwerber im Zivilprozeß unterliegt bzw. im Strafverfahren verurteilt wird, wenn ihm also böser Glaube nachgewiesen wird, kein gutgläubiger Erwerb vorgelegen hat. Obsiegt der Erwerber aber, so werden ihm gemäß §§ 91 ff ZPO seine Kosten erstattet. Wird er im Strafprozeß freigesprochen, so fallen gemäß § 467 StPO die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Erwerbers der Staatskasse zur Last.

Opfer an Zeit und Nervenkraft führen nicht zu einem Vermögensschaden.

zu (cc): Höchst bedenklich ist die Auffassung, daß das auf Grund von § 932 BGB erworbene Eigentum mit einem sittlichen Makel behaftet sein soll. Dann hätte ja das Gesetz geradezu etwas Unsittliches angeordnet, und die Regelung des § 932 BGB müßte als unmoralisch bezeichnet werden.Sie beruht jedoch auf dem Rechtsscheingedanken, der zu Recht anerkannt ist und der keineswegs als sittenwidrig betrachtet werden kann[1].

Das Eigentum soll nach dem Willen des Gesetzes auf den Erwerber übergegangen sein. Der frühere Eigentümer hat keinen Anspruch auf Rückgabe der Sache. Auch eine freiwillige Rückgabe an den früheren Eigentümer mit gleichzeitigem Schadensersatzanspruch gegen den unredlichen Veräußerer ist im Gesetz nicht vorgesehen. Bei einer freiwilligen Rückgabe würde der Erwerber den bezahlten Kaufpreis ersatzlos verlieren, da der Veräußerer seiner Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 Abs. 1 BGB genügt hat. Dagegen hat der Voreigentümer die Ansprüche aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Ver-

1) Oehler GA 1956, 163; Traub NJW 1956, 451; Weigelin ZStW 61, 292; Schwarz-Dreher § 263 Anm. 5 A; Cramer S. 127 f. Fußn. 79.

äußerer. Deshalb kann man kaum annehmen, daß geschäftliche Rücksichten oder Gründe der Wohlanständigkeit oder moralische Erwägungen die Rückgabe erfordern. Die Gebote der Wohlanständigkeit werden im Gegenteil in vielen Fällen dazu führen, daß gerade das Herausgabeverlangen sittlich tadelnswert ist, wenn nämlich dem Erwerber zugemutet wird, trotz seines guten Glaubens den vollen Schaden zu tragen[1].

Wenn der Erwerber die Sache aus Gründen des Anstands dennoch zurückgibt, so handelt er freiwillig. Diese Rückgabe hat für die Frage, ob ein Vermögensschaden des Erwerbers vorliegt, kein Gewicht. Der durch die Rückgabe eingetretene Vermögensschaden wurde nicht durch die Täuschung des Veräußerers verursacht, sondern war die Folge eines eigenen selbständigen Entschlusses des Erwerbers. Der Erwerber traf zwei Verfügungen: die Zahlung des Kaufpreises und die Rückgabe der Sache. Von diesen beiden Verfügungen wurde nur die erste durch die Täuschung des Veräußerers verursacht. Sie war auf Grund der §§ 932 ff BGB nicht geeignet, einen Vermögensschaden herbeizuführen. Die zweite Verfügung, die Rückgabe, wurde nicht durch die Täuschung und einen entsprechenden Irrtum verursacht, sondern gerade durch die Aufdeckung der Täuschung und die Beseitigung des Irrtums. Ein Schaden, der nicht eigentlich auf der Täuschung und der dadurch bewirkten Vermögensverfügung, sondern auf einer späteren selbständigen Handlung des Getäuschten beruht, durch die dieser selbst in Kenntnis der Täuschungshandlung den Schaden erst herbeiführt, fällt nicht unter § 263 StGB[2]. Deshalb führt die freiwillige Rückgabe der Sache nicht zu einem betrügerischen Vermögensschaden[3].

---

1) Traub NJW 1956, 451.

2) RGSt 49, 17; 28, 387; RG LZ 1921, 384; Olshausen § 263 Nr. 18 I u. 22 I B a; Gutmann MDR 1963, 94; Oehler GA 1956, 163; Traub NJW 1956, 451.

3) BayObLGSt 1955, 10.

zu (dd): Auch der Einwand, eine gutgläubig erworbene Sache sei vielfach für die Zwecke des Erwerbers nicht brauchbar, ist zurückzuweisen. Es gibt keine sachlichen Gründe, die eine Rückgabe gebieten. Eine Rückgabe wird weder rechtlich verlangt noch ist sie aus Gründen der Wohlanständigkeit erforderlich, wie oben bereits ausgeführt wurde. Im übrigen ist die Sache für den Erwerber sehr wohl brauchbar, denn er hat gerade diese Sache für seine Zwecke erwerben wollen und auch erworben.

zu (bb): Nur wenn der Erwerber gehindert ist, den Gegenstand gewinnbringend weiterzuverkaufen, kann ihm im Einzelfall ein Schaden entstehen. Hierbei ist jedoch zu bedenken, daß oft ein Weiterverkauf nicht beabsichtigt war, und daß einem Weiterverkauf auch nichts im Wege steht. Selbst wenn wegen des gutgläubigen Erwerbs ein Rechtsstreit schwebt, ist eine Weiterveräußerung möglich, wie sich aus § 325 ZPO ergibt. Und wenn man wegen eventueller Weiterverkaufsschwierigkeiten wirklich im Einzelfall einen Schaden bejahen würde, so würde in der Regel dem Veräußerer der Schädigungsvorsatz fehlen, da er an einen derartigen Schaden in den meisten Fällen nicht gedacht haben wird.

Zudem muß bedacht werden, daß die Annahme eines Betruges dazu führen würde, daß der gutgläubige Erwerber gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und § 249 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen den Veräußerer erhalten würde. Das widerspricht der bürgerlich-rechtlichen Regelung des Gutglaubenserwerbs. Das Strafrecht ist nicht befugt, dem Erwerber Ansprüche zu gewähren, die das Zivilrecht ihm bewußt vorenthält, Gerade in vermögensrechtlichen Fragen ist eine Einheit von Straf- und Zivilrecht notwendig.

b) Die Übereignung folgt dem Kaufabschluß nach.

Soll die Übereignung dem Abschluß des Kaufvertrages zeitlich nachfolgen, so greift die h.M. mit ihrer Schadensauffassung wieder einmal den Ereignissen vor. Der Übereignungs-

anspruch des Käufers gemäß § 433 BGB wird von der h.M. als minderwertig angesehen, weil die Gefahr bestehe, daß der ursprüngliche Eigentümer den gutgläubigen Erwerb verhindere, indem er den Käufer bösgläubig mache[1]. Diese Ungewißheit wird zur Gewißheit gemacht, indem diese Gefährdung als Schädigung angesehen wird. Der spätere gutgläubige Eigentumserwerb wird als Schadensausgleich bzw. Wiedergutmachung bezeichnet.

Es muß jedoch genau wie beim Kreditbetrug abgewartet werden, bis die Ungewißheit zur Gewißheit wird, bevor man feststellt, ob ein Schaden vorliegt. Der Zeitpunkt der Realisation des Übereignungsanspruchs ist entscheidend. Tritt der gutgläubige Erwerb ein, so hat der Erwerber keinen Schaden, wird der gutgläubige Erwerb durch den ursprünglichen Eigentümer verhindert, so ist der Erwerber geschädigt. Da der Veräußerer jedoch in der Regel mit Eventualvorsatz ein Verhindern des gutgläubigen Erwerbs in Kauf nimmt, begeht er bei Kaufabschluß einen versuchten Betrug.

8. Eingehungsbetrug

Von einem Eingehungsbetrug ist die Rede, wenn in Frage steht, ob bereits mit der Eingehung eines Vertrages ein Schaden eingetreten und damit der Betrug vollendet ist. Auch der Kreditbetrug wird von der h.M. als Unterfall des Eingehungsbetruges bezeichnet, da der durch die Eingehung des Kreditvertrages von dem Kreditgeber erlangte Anspruch auf eine Geldleistung gegen den Kreditnehmer minderwertig sei. Hier soll nun als sog. "Eingehungsbetrug" nur noch der umgekehrte Fall behandelt werden, daß es ungewiß ist, ob eine geschuldete Sachleistung der vertraglichen Vereinbarung entsprechend erbracht werden wird. Ferner kann eine Ungewißheit bestehen, ob der Käufer eine vertragswidrige Beschaffenheit der Kauf-

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 82; Olshausen § 263 Nr. 22 I B a; Traub NJW 1956, 452.

sache rechtzeitig erkennen und ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen wird.

Die gesamte Problematik des Eingehungsbetruges kann hier nicht behandelt werden. Es sollen nur die wesentlichen Aspekte unter dem Gesichtspunkt einer Vermögensgefährdung erörtert werden.

a) Täuschung über Mängelfreiheit oder zugesicherte Eigenschaften

(aa) Kauf eines bestimmten mangelhaften Gegenstandes, dessen Wert unter dem Preis liegt

Ist ein bestimmter Gegenstand unter Vorspiegelung falscher Tatsachen - z.B. der Zusicherung von gar nicht vorhandenen Eigenschaften oder der Brauchbarkeit zu einem bestimmten Zweck - verkauft worden, so stellt die h.M.[1] den Wert des Kaufpreisanspruchs des täuschenden Verkäufers gegen den Käufer und des Sachleistungsanspruchs des getäuschten Käufers gegen den Verkäufer fest und vergleicht diese beiden Anspruchswerte. Ergibt ein solcher Vergleich, daß der Sachleistungsanspruch des Käufers in seinem Wert hinter der vom Verkäufer zu beanspruchenden Gegenleistung des Käufers zurückbleibt, so wird ein Nachteil des Käufers und damit ein Vermögensschaden bejaht und ein vollendeter Eingehungsbetrug angenommen. Zuweilen wird auch, ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Wert des Anspruchs, das, was der Käufer nach dem Vertrag leisten soll, verglichen mit dem, was ihm dafür vom Verkäufer zugesagt wurde[2]. Es findet sich sogar ein Ver-

---

1) z.B. BGHSt 16,221 u. 321; BGH NJW 1968, 902; RG DR 1939, 1509; OLG Hamm NJW 1968, 903; OLG Köln JZ 1967, 577; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; KG JR 1966, 392; OLG Hamburg NJW 1952, 439; Lenckner NJW 1962, 59; Lenckner MDR 1961, 655; Olshausen § 263 Nr. 22 I A; BGHSt 22, 89; 23, 302; OLG Hamm NJW 1969, 624.

2) BGH NJW 1968, 902.

gleich zwischen dem realisierbaren Anspruch auf eine mangelhafte Sache und dem vom Verkäufer vorgespiegelten Anspruch auf eine mangelfreie[1].

Nach Auffassung der h.M. ist es gleichgültig, ob der getäuschte Käufer seine Leistung - die Kaufpreiszahlung - erbracht hat oder nicht. Die Belastung des Käufervermögens durch eine Verbindlichkeit, der eine wertmäßig entsprechende Gegenverbindlichkeit nicht gegenübersteht, soll als Schaden ausreichen. Die effektive Leistung des getäuschten Käufers wird nur noch als Schadensintensivierung angesehen.

Einen einschränkenden Standpunkt nimmt neuerdings Lenckner[2] ein. Er folgt zwar grundsätzlich der herrschenden Meinung, weist aber auf die sich immer deutlicher abzeichnende Gefahr hin, daß die Konturen des Betruges mehr und mehr verwischt werden, weil der Begriff der Vermögensgefährdung im Laufe der Zeit so sehr sublimiert worden ist, daß feste Grenzen kaum noch zu erkennen sind. Lenckner vertritt im Gegensatz zur herrschenden Meinung die Auffassung, daß der Abschluß eines wirtschaftlich nachteiligen Vertrages für den Betroffenen zunächst nur die Gefahr begründe, daß er demnächst eine vermögensmindernde Leistung erbringen werde. Ob diese Gefahr bereits einem realen Schaden gleichkomme, hänge davon ab, ob das Opfer bei Vertragsschluß in eine Lage geraten sei, die bei natürlicher Weiterentwicklung sicher oder doch höchst wahrscheinlich dazu führen werde, daß der Täter seine Forderung ohne Schwierigkeiten realisieren könne. Stehe es dagegen noch in der Macht des getäuschten Vertragspartners, die Geltendmachung und Durchsetzung des gegen ihn gerichteten Anspruchs zu verhindern, so bleibe die Tat bis zur tatsächlichen Weggabe des geschuldeten Vermögenswerts im Stadium des Versuchs[3].

---

1) Hengsberger LM Nr. 54 zu § 263.

2) Lenckner JZ 1971, 320.

3) Lenckner, a.a.O., S. 322.

Die Frage, wann ein vollendeter Eingehungsbetrug vorliegt, könne nicht einheitlich beantwortet werden. Vielmehr sei hier je nach der Sach- und Rechtslage zu differenzieren. In das Gefahrurteil seien alle Umstände des Einzelfalles einzubeziehen, die es dem Getäuschten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich machen könnten, dem Leistungsverlangen des Täters mit Erfolg entgegenzutreten[1].

Ein vollendeter Eingehungsbetrug liege demnach vor, wenn schon bei Vertragsabschluß mehr oder weniger feststehe, daß der getäuschte Kontrahent die Täuschung auch später nicht erkennen könne (z.B. bei versteckten Mängeln der gekauften Sache) und deshalb im Vertrauen auf den vollen Wert der Gegenleistung erfüllen werde. Habe er dagegen die Möglichkeit, noch rechtzeitig zu entdecken, daß er hintergangen worden sei, so sei der Betrug erst vollendet, wenn er in Fortwirkung des früher erzeugten Irrtums tatsächlich leiste; bis dahin müsse der Täter noch mit Hindernissen rechnen, die einen effektiven Vermögensverlust als fraglich erscheinen ließen und die deshalb nur die Annahme eines Versuchs rechtfertigten. Ein vollendeter Eingehungsbetrug komme nur dann in Betracht, wenn schon bei Vertragsschluß davon auszugehen sei, daß das Opfer auch bei Kenntnis seiner Rechte gezwungen sein werde, die geschuldete Leistung zu erbringen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn sich der Getäuschte in einer ungünstigen Beweissituation befinde und deshalb seine Gegenrechte nicht mit einer hinreichenden Aussicht auf Erfolg durchsetzen könne[2].

Nach anderer Ansicht[3] kann ein Vermögensschaden des Käufers immer erst eintreten, wenn er geleistet hat. Wer durch Täuschung zum Abschluß eines Vertrages bewogen werde, sei da-

---

1) Lenckner, a.a.O., S. 322 f.

2) Lenckner JZ 1971, 323.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 91 u. 102; Kohlrausch-Lange § 263 V 2 a; Schröder JR 1966, 393; Cramer S. 179; Sauer S 91; Watzka S. 54 ff; R.Schmidt S. 250 Anm. 1.

mit noch nicht geschädigt, sondern erst, wenn er im Hinblick auf die eingegangene Verpflichtung und im Vertrauen auf die Vertragsmäßigkeit der Gegenleistung eine nachteilige Vermögensverfügung vornehme, während die als Ausgleich erhaltene Forderung minderwertig sei[1]. Durch die Auffassung der h.M. werde in unzulässiger Weise der Anwendungsbereich des § 263 erweitert und die Vollendung des Betruges vorverlegt. Der bloße Vertragsschluß stelle sich wirtschaftlich nicht als eine effektive Vermögensverminderung, sondern nur als eine Vermögensgefährdung dar[2]. Er schaffe nur die Gefahr, daß der Getäuschte später in Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit eine vermögensmindernde Leistung ohne entsprechenden Gegenwert erbringen werde. Diese Gefahr reiche aber jedenfalls dann nicht aus, wenn die vom Getäuschten versprochene Leistung nicht erbracht zu werden brauche, z.B. weil ihm ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB oder eine Einrede zustehe, mit deren Hilfe er sich nach einer eventuellen Aufdeckung der Täuschung von der Verpflichtung zur Zahlung befreien könne. Vielmehr handele es sich um die typische Gefährdung, die den Versuch als Vorstufe der Verletzung kennzeichne. Bis der Käufer seine eigene Leistung erbringe, komme daher nur versuchter Betrug in Betracht[3].

Der Eingehungsbetrug sei deshalb z.B. erst dann vollendet, wenn der Käufer minderwertiger Ware den Kaufpreis bezahle, wobei es gleichgültig sei, ob der Täter die Ware bereits geliefert habe, gleichzeitig liefere oder erst später liefern wolle[4].

---

1) Kohlrausch-Lange § 263 V 2 a; Sauer S. 91; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 91.

2) Schröder JR 1966, 393; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 91; Watzka S. 57 f.; vgl. auch Lenckner JZ 1971, 322.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 91 u. 102; Watzka S. 57, 60.

4) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 91.

Schröder[1] scheint neuerdings noch weitergehende Anforderungen an die Vollendung des Betruges infolge einer Täuschung bei Vertragsschluß zu stellen. Er führt aus: "Die Begründung wechselseitiger Verbindlichkeiten stellt sich wirtschaftlich gesehen nur als eine Vermögensgefährdung dar, als die Gefahr nämlich, daß auf Grund des abgeschlossenen Vertrages später der effektive Austausch der Leistungen[2] zu einem Vermögensschaden führen wird. Dabei handelt es sich um die typische Gefährdung, die auch den Versuch als die Herbeiführung eines Zustandes kennzeichnet, auf Grund dessen es zur Verletzung eines Rechtsguts kommen kann. Aus diesem Grunde wird man der deliktischen Bedeutung des sog. Eingehungsbetruges besser gerecht, wenn man lediglich versuchten Betrug annimmt, solange nicht die Täuschung zu einer effektiven Verminderung des Vermögens des Getäuschten geführt hat."

Damit bringt Schröder unmißverständlich zum Ausdruck, daß ein Vermögensschaden des Käufers erst durch den effektiven Austausch beider Leistungen - bzw. durch die Nichterbringung einer geschuldeten Leistung bei Fälligkeit - herbeigeführt werden kann, nicht aber schon dadurch, daß der Käufer seine vertragliche Leistung erbringt, und schon gar nicht durch den bloßen Vertragsschluß. Diese Ansicht vertritt auch Cramer[3].

Ob ein Vermögensschaden schon beim Abschluß des Kaufvertrages oder bei Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer oder erst dann, wenn beiderseits die geschuldete Leistung erbracht worden ist, festgestellt werden kann, mag vorerst dahinstehen. Hier soll zunächst einmal - entsprechend der Ansicht der h.M. - untersucht werden, welchen Wert im Zeitpunkt des Kaufabschlusses der Anspruch des Verkäufers gegen

---

1) Schröder JR 1966, 393.

2) (Hervorhebung nicht im Text, sondern von mir vorgenommen)

3) Cramer S. 199 ff.

den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises und der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung der Sache hat und ob diese beiden Werte voneinander abweichen.

Dazu ist eine differenzierende Betrachtung geboten. Der Schaden des Käufers beim Eingehungsbetrug soll in seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung liegen, der ein dem Kaufpreis im Wert entsprechender Gegenanspruch des Käufers auf Lieferung einer vertragsgemäßen Sache nicht gegenübersteht. Dabei wird der Wert des Gegenanspruchs auf Lieferung der gekauften Sache immer wieder ausführlich untersucht, nicht aber der Wert der Verpflichtung des Käufers zur Kaufpreiszahlung, der auf der anderen Seite dem Wert des Anspruchs des Verkäufers auf den Kaufpreis entspricht. Der Wert dieser Verpflichtung bzw. dieses Anspruchs wird ohne weiteres mit dem Betrag des Kaufpreises gleichgesetzt. Es ist aber denkbar, daß der Wert der Verpflichtung des Käufers zur Kaufpreiszahlung herabgemindert wird bzw. ganz entfällt, wenn dem Käufer ein Recht zusteht, die Zahlung des Preises ganz oder teilweise zu verweigern. Deshalb ist zu prüfen, ob das Zivilrecht dem Käufer ein solches Leistungsverweigerungsrecht zubilligt.

Wer einen bestimmten Gegenstand kauft, ist gemäß § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und erwirbt gemäß § 433 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Übergabe und Eigentumsverschaffung an diesem Gegenstand. Die Verpflichtung und der Anspruch stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander, das durch die §§ 320 ff BGB geregelt ist. Gemäß § 320 BGB kann der Käufer, der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung - die Kaufpreiszahlung - bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Der Umfang des Anspruchs des Käufers auf die Gegenleistung ist im Zivilrecht streitig.

Eine Mindermeinung[1)] vertritt die Ansicht, der Käufer habe nur einen Anspruch auf die Lieferung der gekauften Sa-

1) Enneccerus-Lehmann § 108 I; Larenz BT § 37 II e S. 54 ff; Fikentscher § 70 I 1; Raape AcP 150, 481 ff insb. S. 485 f.

che in dem Zustand, wie sie nun einmal tatsächlich sei. Der Verkäufer erfülle seine vertragliche Leistungspflicht auch dann, wenn er den gekauften Gegenstand mit Mängeln und ohne die zugesicherten Eigenschaften liefere. Zur Begründung wird angeführt, daß der Käufer nicht auf Lieferung einer mangelfreien Sache oder einer Sache mit den zugesicherten Eigenschaften oder auf Nachbesserung klagen kann. Eine Verpflichtung könne nur bestehen, wenn der Schuldner auch zu ihrer Erfüllung angehalten werden könne.

Demgegenüber beschränkt sich der Anspruch des Käufers nach h.M.[1] nicht auf die Lieferung der gekauften Sache schlechthin, sondern bezieht sich auf Lieferung der Sache frei von Mängeln und mit den vertraglich zugesicherten Eigenschaften. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Die Leistung einer mangelhaften Sache oder einer Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften ist keine Erfüllung des Kaufvertrages. Das ergibt sich schon daraus, daß § 463 BGB einen Schadensersatzanspruch "wegen Nichterfüllung" vorsieht. Auch aus einem Vergleich des § 459 BGB mit § 480 BGB läßt sich dieses Ergebnis folgern. Die Ansprüche auf Wandlung und Minderung stehen gemäß § 480 BGB beim Gattungskauf gleichwertig neben dem Recht auf Nachlieferung einer mängelfreien Sache und sind deshalb, wie der Nachlieferungsanspruch, Erfüllungs- und keine echten Gewährleistungsansprüche. Weil nun aber die §§ 459, 462 BGB die gemeinsame Grundlage für den Spezies- wie für den Gattungskauf bilden, können die Ansprüche auf Wandlung und Minderung für beide Vertragsarten keinen verschiedenen Rechtscharakter haben und müssen folglich auch beim Speziesкauf Erfüllungsansprüche sein[2]. Ein dritter Grund, der für

---

1) RGZ 52, 355; 53, 73 f; 66, 281 f; 109, 296; Palandt-Gramm § 433 Anm. 2 a und § 459 Anm. 1; Erman-Böhle-Stamschräder § 459 Anm. 3; Kuhn in BGB-RGRK § 459 Anm. 3; Staudinger-Ostler § 433 Anm. 100a u. Vorbem. 3 u. 9 vor § 459; Erman JZ 1960, 41.

2) Erman-Böhle-Stamschräder § 459 Anm. 3; Kuhn in RGRK § 459 Anm. 3.

die h.M. spricht, ist die Formulierung des § 36 Abs. 3 Vergleichsordnung, in dem es heißt: "Ist die vom Gläubiger geschuldete Leistung deshalb nicht als vollständig bewirkt anzusehen, weil die Leistung mangelhaft ist ...". Aber auch aus dem das ganze Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, ergibt sich, daß die mangelhafte Bewirkung einer Leistung keine Erfüllung ist[1].

Der zivilrechtliche Meinungsstreit wird im Strafrecht bei den Erörterungen zu der Frage, welchen Inhalt und Wert der Anspruch des Käufers aus dem Kaufvertrag hat, zumeist nicht beachtet. In die strafrechtlichen Ausführungen[2] zu dieser Frage wird vorwiegend die zuerst erwähnte zivilrechtliche Mindermeinung übernommen, die annimmt, daß der Käufer einer individuell bestimmten Sache einen Erfüllungsanspruch nur auf diese bereits durch den Kaufvertrag individualisierte Sache in dem Zustand habe, wie sie tatsächlich ist. Diese Auffassung führt zu der Konsequenz, daß dann, wenn der Preis höher ist als der Wert der individualisierten Sache, die mit einem Mangel behaftet ist oder der die zugesicherten Eigenschaften fehlen, der Käufer durch einen Vergleich der Anspruchswerte benachteiligt ist und deshalb ein Eingehungsbetrug vorliegen soll. Ein Erfüllungsbetrug kommt für die Vertreter dieser Meinung nicht mehr in Betracht, da der Käufer ja genau das erhält, was er - dieser Auffassung nach - beanspruchen kann. Die Möglichkeit eines Erfüllungsbetruges wird auf den Fall beschränkt, daß der Verkäufer eine ganz andere Sache als die geschuldete liefert und diese Sache den Kaufpreis nicht wert ist[3].

---

1) Erman-Böhle-Stamschräder § 459 Anm. 3.

2) BGHSt 16, 223; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 96; Lenckner MDR 1961, 653, 655; Lenckner NJW 1962, 59; Hengsberger LM Nr. 54 zu § 263; Hirschberg S. 311.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 94; Lenckner MDR 1961, 653; Hengsberger LM Nr. 54 zu § 263.

Die im Zivilrecht herrschende Meinung, daß der Käufer aus dem Kaufvertrag einen Anspruch auf Erwerb einer mangelfreien Sache mit allen zugesicherten Eigenschaften erlange, findet sich im Strafrecht relativ selten[1]. Wer dieser Ansicht folgt, könnte zu dem Ergebnis kommen, daß der Anspruch des Käufers dem Preis entspreche und ein Eingehungsbetrug deshalb ausgeschlossen sei, nicht aber ein Erfüllungsbetrug, da der Käufer im Augenblick der Vertragserfüllung seitens des Verkäufers weniger erhalte, als sein Anspruch wert sei. Einer solchen Auffassung kann natürlich infolge der dem Betrugsschadensrecht eigenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise entgegengehalten werden, daß der Anspruch des Käufers auf Lieferung einer mangelfreien Sache mangels praktischer Realisierbarkeit ohne entsprechenden wirtschaftlichen Wert ist, weil der Käufer nur durchsetzen kann, daß ihm die Sache, so wie sie ist, geliefert wird, nicht aber, daß sie auch die zugesicherten Eigenschaften besitzt und frei von Mängeln ist[2]. Das trifft zwar zu. Dennoch führt die im Zivilrecht herrschende Meinung zu einer Konsequenz, die die Möglichkeit eines Eingehungsbetruges durch eine Täuschung seitens des Verkäufers über die Mangelfreiheit des Kaufgegenstandes oder durch eine Vorspiegelung nicht vorhandener, aber zugesicherter Eigenschaften ausschließt: Da der Käufer einen Erfüllungsanspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, versehen mit den zugesicherten Eigenschaften, hat, kann er, wenn die Kaufsache nicht von dieser Beschaffenheit ist, die Entgegennahme der Kaufsache verweigern, ohne in Annahmeverzug zu geraten, und die Bezahlung des Kaufpreises abzulehnen[3]. Dem Käufer steht, jedenfalls vor dem Gefahrübergang

---

1) OLG Köln NJW 1959, 1981; OLG Hamm BB 1960, 503; RGSt 16, 10; jetzt Lenckner JZ 1971, 323; Cramer S. 174; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 39; Kyll S. 30.

2) Lenckner MDR 1961, 653; Cramer S. 188.

3) RGZ 52, 355; 53, 73 f; 66, 281 f; Erman-Böhle-Stamschräder § 459 Anm. 5; Palandt-Gramm Vorbem. 2 vor § 459; Staudinger-Ostler § 433 Anm. 100 a und 144; Vorbem. 9 vor § 459; § 459 Anm. 7; Raape AcP 150, 484.

i.S.d. §§ 446 f BGB, gemäß § 320 Abs. 1 BGB die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu, d.h. er kann die ihm obliegende Leistung - die Kaufpreiszahlung - bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, wobei zu beachten ist, daß der Verkäufer die Gegenleistung nicht durch die Lieferung der mängelbehafteten Kaufsache oder des Kaufgegenstandes ohne zugesicherte Eigenschaften bewirken kann.

Wenn somit der Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, ist er nicht durch den Kaufabschluß mit der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises belastet. Folglich kann der Käufer bis zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges an der verkauften Sache keinen Vermögensschaden durch eine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung erleiden, der die Verpflichtung des Verkäufers zur Sachverschaffung angeblich nicht gleichwertig sein soll. Oder anders betrachtet: Der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, dem die Zahlungspflicht des Käufers gleichwertig ist, ist durch das Leistungsverweigerungsrecht des Käufers aus § 320 BGB in seinem wirtschaftlichen Wert erheblich herabgemindert und ist dementsprechend nicht mehr wert als der Anspruch des Käufers, der nur auf Lieferung des bestimmten gekauften mangelbehafteten Gegenstandes klagen kann, mag ihm auch zivilrechtlich ein Anspruch auf eine mangelfreie Sache zustehen, der jedoch nicht realisierbar ist. Bei einem Vergleich der Anspruchswerte, wie ihn die herrschende Meinung vorzunehmen pflegt, kann sich folglich gar keine Differenz der Anspruchswerte zum Nachteil des Käufers ergeben[1].

Vor dem Gefahrübergang hat der Käufer außer der Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB, die ihm das Recht gibt, die Kaufpreiszahlung zu verweigern, in gewissen Fällen noch eine andere rechtliche Möglichkeit, die Zahlung des vollen Kaufpreises abzulehnen: Wenn von vornherein fest-

---

1) so auch Cramer S. 178 f; mit Einschränkungen Lenckner JZ 1971, 323.

steht, daß der Kaufgegenstand mit einem nicht behebbaren Fehler behaftet ist oder daß die zugesicherte Eigenschaft nicht zu beschaffen ist, oder wenn der Verkäufer vor dem Gefahrübergang die Beseitigung eines an sich behebbaren Mangels oder die an sich mögliche Beschaffung einer zugesicherten Eigenschaft endgültig ablehnt, kann der Käufer nach allgemeiner Ansicht schon vor Gefahrübergang die Rechte der §§ 459 ff BGB geltend machen[1]. Er kann wandeln, d.h. den ganzen Kauf rückgängig machen und die Zahlung des Preises verweigern, oder mindern, d.h. die Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Diese Rechte kann er als Einrede geltend machen. Jedenfalls braucht er den vollen Preis nicht zu zahlen[2].

Die Vertreter der zivilrechtlichen Mindermeinung, die die Lieferung einer mangelhaften Sache als Erfüllung ansehen und dem Käufer folglich die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB nicht zugestehen, billigen dem Käufer aber trotzdem das Recht zu, sowohl die Abnahme der Sache wie die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, weil er bei der Durchführung der Wandlung den vom Verkäufer verlangten Kaufpreis wieder zurückfordern könnte[3]. Hier gilt der Grundsatz von Treu und Glauben, demzufolge die Forderung des vollen Kaufpreises durch den Verkäufer als unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist, nach dem alten Rechtssatz: "Dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est".

Vor Gefahrübergang besteht also für den Käufer einer mangelhaften Sache oder einer Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften nach beiden Meinungen keine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung, die sein Vermögen schmälern könnte.

---

1) Erman-Böhle-Stamschräder § 459 Anm. 4; Palandt-Gramm § 459 Anm. 1; Kühn in BGB-RGRK § 459 Anm. 12; Staudinger-Ostler § 459 Anm. 6; vgl. auch Lenckner MDR 1961, 654; Lenckner NJW 1962, 59.

2) vgl. auch OLG Köln JZ 1967, 577.

3) Larenz BT § 37 II e S. 57 m.w.N.; vgl. auch Lenckner MDR 1961, 654.

Nach dem Gefahrübergang gelten die §§ 459 ff BGB als Sonderregelung. Hat der Käufer die gekaufte Sache mit ihren Mängeln bzw. ohne die zugesicherten Eigenschaften angenommen und gemäß § 363 BGB als Erfüllung gelten lassen, so steht ihm zwar nicht mehr die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB zu, aber er kann gemäß den §§ 462, 459, 465, 472 BGB die Minderung des Kaufpreises verlangen, d.h. er ist nach wie vor nicht verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis voll zu bezahlen und erleidet insofern keinen Schaden.

Ein Vermögensschaden des Käufers ergibt sich auch nicht etwa daraus, daß er eine mangelhafte Sache oder eine Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften als Erfüllung angenommen hat, obgleich er doch einen zivilrechtlichen Erfüllungsanspruch auf eine mangelfreie Sache hatte. Dieser zivilrechtliche Anspruch ist nicht realisierbar, weil der Käufer weder auf Lieferung einer mangelfreien anderen Sache noch auf Nachbesserung klagen kann. Deshalb hat dieser Anspruch auch keinen höheren wirtschaftlichen Wert als die mangelhafte Sache, auf deren Leistung geklagt werden kann[1].

Also kann auch nach dem Schadensfeststellungssystem der h.M. ein Vermögensschaden des Käufers erst dann entstehen, wenn dieser den vollen vereinbarten Kaufpreis zahlt, denn ein vorheriger Vergleich der Anspruchswerte ergibt keine Differenz.

Daß durch den Abschluß des Kaufvertrages noch kein Vermögensschaden des Käufers entstanden ist, ergibt sich auch aus der Prüfung der hier entwickelten Kriterien. Der Abschluß des Kaufvertrages schafft noch keine gegenwärtige Gewißheit, daß der Käufer für eine mangelhafte Sache oder eine Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften den vollen Kaufpreis zahlen wird. Es besteht nur die zukünftige Möglichkeit uneingeschränkter Zahlung und damit nur eine Gefährdung,

---

1) Lenckner MDR 1961, 653; Cramer S. 188.

nicht aber ein Schaden. Etwas anderes mag gelten, wenn zwischen den Parteien auf Betreiben des Verkäufers vertraglich vereinbart worden ist, daß der Käufer nicht berechtigt sein solle, die Kaufpreiszahlung wegen irgendwelcher Mängel zu verweigern, sondern nur gemäß den Gewährleistungsvorschriften eventuell einen Teil des gezahlten Kaufpreises zurückverlangen könne. Dann besteht schon bei Abschluß des Kaufvertrages die gegenwärtige Gewißheit, daß der Käufer zunächst den vollen Kaufpreis zahlen wird.

Mit der Zahlung des vollen Kaufpreises durch den Käufer entsteht diesem ein Schaden, wenn zuvor die Lieferung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer erfolgt ist. Folgt der Gefahrübergang der Kaufpreiszahlung nach, so entsteht dem Käufer schon vor dem Gefahrübergang mit der Zahlung des Preises ein Vermögensschaden, wenn feststeht, daß ein Mangel der Sache nicht zu beheben oder eine zugesicherte Eigenschaft nicht zu beschaffen ist. Es besteht dann die gegenwärtige Gewißheit, daß der Käufer für das gezahlte Geld einen entsprechenden Gegenwert nicht erhalten wird. Außerdem hat der Käufer gezahlt, obgleich er im Hinblick auf sein Wandlungsrecht die Zahlung hätte verweigern können, bzw. er hat mehr bezahlt, als er im Hinblick auf sein Minderungsrecht hätte bezahlen müssen[1]. Damit ist sein Vermögen vermindert.

Nach der Zahlung stehen dem Käufer zwar weiterhin nach allgemeiner Meinung die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff BGB zu, aber diese können nach erfolgter Zahlung nur noch einen Rückzahlungsanspruch des Käufers auslösen. Seitens des Käufers ist durch die Zahlung des Kaufpreises der Vertrag erfüllt und damit ein Zustand gegenwärtiger Gewißheit geschaffen worden. Die volle oder teilweise Rückgewähr des

---

1) Lenckner MDR 1961, 655; Lenckner NJW 1962, 59; Cramer S. 188 f; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 96; Hirschberg S. 311; Eckstein GA 58, 343; vgl. auch OLG Köln JZ 1967, 577.

Kaufpreises durch den Verkäufer auf Grund der Gewährleistungsvorschriften kann den Eintritt eines Vermögensschadens des Käufers allenfalls rückgängig machen, nicht aber verhindern[1]. Deshalb kann die Tatsache, daß dem Käufer zivilrechtliche Gewährleistungsansprüche zustehen, nur unter dem Aspekt, daß der Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, für das Vorliegen eines Vermögensschadens von Bedeutung sein, nicht aber, weil der Käufer den bereits gezahlten Preis ganz oder teilweise zurückverlangen könnte.

Ist nach der vollen Kaufpreiszahlung der Gefahrübergang noch nicht erfolgt und kann der der Sache anhaftende Mangel behoben bzw. die der Sache fehlende Eigenschaft beschafft werden, so besteht noch keine gegenwärtige Gewißheit, daß der Käufer für sein Geld nicht das vertragsmäßige, vollwertige Äquivalent erhalten wird. Es kann folglich auch noch kein Vermögensschaden festgestellt werden. Das ist erst der Fall, wenn der Verkäufer von seiner Möglichkeit, durch Nachbesserung den Mangel zu beseitigen bzw. die Eigenschaft zu beschaffen, keinen Gebrauch gemacht und den Gefahrübergang an einer nicht vertragsmäßigen Sache herbeigeführt hat. Dann ist der Schaden durch die mangelhafte Erfüllung seitens des Verkäufers entstanden.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Beim Kauf einer mangelhaften Sache oder einer Sache, der die zugesicherten Eigenschaften fehlen, erleidet der Käufer vor der Kaufpreiszahlung keinen Schaden, weil er die Zahlung des Preises verweigern kann. Nach der Zahlung besteht kein Schaden, wenn der Gefahrübergang noch nicht stattgefunden hat und der Verkäufer den Mangel beheben bzw. der Sache die zugesicherten Eigenschaften verschaffen kann. Allerdings kann in diesen Fällen ein versuchter Betrug vorliegen, da der Verkäufer bereits eine Täuschungshandlung begangen hat und diese bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Schaden effektiv eintritt, fortwirken soll. Ein

---

1) Lenckner MDR 1961, 654 Fußn. 17; OLG Köln JZ 1967, 577.

Schaden entsteht nach der Kaufpreiszahlung nur dann, wenn der Verkäufer zuvor eine vertragswidrige Leistung erbracht hat oder wenn er eine vertragsmäßige Leistung nicht erbringen kann, weil er die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung bzw. zur Beschaffung der zugesicherten Eigenschaften nicht hat[1].

Die Fälle, in denen der Verkäufer das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften vorgespiegelt hat, ohne daß es sich um eine Zusicherung von Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB handelt, sind nicht anders zu beurteilen. Als Zusicherung einer Eigenschaft gilt nicht jede bei Gelegenheit von Kaufverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung des Verkäufers, auch nicht bloße einseitige Zusagen und Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache[2], obgleich darin durchaus die Vorspiegelung von falschen Tatsachen i.S.d. § 263 StGB zu sehen sein kann. Eine Zusicherung ist vielmehr eine Erklärung des Inhalts, daß der Verkäufer für das Vorhandensein einer Eigenschaft einstehe, wenn diese Erklärung vom Käufer als vertragsmäßig verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben wurde[3].

Daß dem Käufer auch dann die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff BGB zustehen, wenn keine vertragliche Zusicherung, sondern nur eine arglistige Vorspiegelung einer Eigenschaft vorliegt, ergibt sich aus § 463 S. 2 BGB, der dem Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gibt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Nach ständiger Rechtsprechung[4] und überwiegender Ansicht der Li-

---

1) Im Ergebnis ebenso Cramer S. 200 f.

2) Palandt-Gramm § 459 Anm. 7; Kuhn in BGB-RGRK § 459 Anm. 25.

3) Palandt-Gramm § 459 Anm. 7; Kuhn in BGB-RGRK § 459 Anm. 25; BGH BB 1958, 284; RGZ 54, 223.

4) RGZ 63, 113; 66, 338; 92, 295; 96, 157; 103, 160; 132, 78; RG HRR 1933 Nr. 11; 1942 Nr. 106; OLG Hamburg Betrieb 1959, 108.

teratur[1] steht es dem Fall des arglistigen Verschweigens von Fehlern praktisch gleich, wenn arglistig durch positive Handlungen der Anschein günstiger Eigenschaften erweckt wird. Entsprechend § 463 S. 2 BGB besteht deshalb bei arglistiger Vorspiegelung nicht vorhandener Eigenschaften nicht nur ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 463 BGB, sondern es sind auch Wandlung und Minderung zulässig[2].

Aus diesem Grunde ist die Unterscheidung zwischen Zusicherungen, die Vertragsinhalt geworden sind, und bloßen Zusagen, wie sie sich in einigen Entscheidungen[3] findet, nicht gerechtfertigt[4].

(bb) Kauf eines bestimmten mangelhaften Gegenstandes, dessen Wert dem Kaufpreis entspricht.

(1) Verschiedene Schadensgründe

Sehr unterschiedlich sind die Ansichten zu der Frage, ob durch den Kauf eines bestimmten Gegenstandes, der Mängel aufweist oder dem zugesicherte Eigenschaften fehlen, ein Schaden des Käufers entstehen kann, wenn der Kaufpreis dem Wert des mangelhaften[5] Gegenstandes entspricht. Im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses ist ein Schaden des Käufers nur schwer festzustellen, weil der Anspruch des Käufers auf Lie-

---

1) Palandt-Gramm § 463 Anm. 3; Kuhn BGB-RGRK § 463 Anm. 6; Enneccerus-Lehmann § 108 III 1 c; Staudinger-Ostler § 463 Rdn. 10; Soergel-Siebert-Ballerstedt § 463 Rdn. 9; Erman-Böhle-Stamschräder § 463 Anm. 5; vgl. auch Lecnkner MDR 1961, 654.

2) OLG Hamburg Betrieb 1959, 108; RGZ 92, 295; 96, 157; Palandt-Gramm § 463 Anm. 3; Staudinger-Ostler § 463 Anm. 10; vgl. auch Lenckner MDR 1961, 654.

3) OLG Köln NJW 1959, 1980 f; OLG Hamm NJW 1960, 643.

4) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 96; Cramer S. 191.

5) Wenn in den folgenden Ausführungen von einer mangelhaften Sache die Rede ist, gilt dasselbe stets auch für eine Sache, der die zugesicherten Eigenschaften fehlen.

ferung einer mangelfreien Sache nicht realisierbar ist, sondern nur auf Lieferung des bestimmten mangelhaften Kaufgegenstandes geklagt werden kann und der Anspruch des Käufers nur den Wert der mangelhaften Sache hat. Der vereinbarte Kaufpreis entspricht dem Wert der mangelhaften Sache.

Für einen unvoreingenommenen Betrachter müßte deshalb feststehen, daß jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch kein Vermögensschaden des Käufers entsteht. Dennoch wird in der Rechtsprechung und Literatur vielfach ein Vermögensschaden konstruiert mit Hilfe folgender Begründungen:

1) Zuweilen wird die Ansicht vertreten, der Käufer erleide einen Vermögensschaden, wenn er durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt werde[1], z.B. wenn er, um die erforderlichen Mittel zur Vertragserfüllung zu beschaffen, ein anderes wirtschaftlich ungünstiges Geschäft abschließen müsse, etwa durch Aufnahme eines hoch zu verzinsenden Darlehens oder durch unvorteilhafte Veräußerung eines Wertpapiers oder den wirtschaftlich ungünstigen Verkauf eines Sachwertes oder wenn er den Abschluß eines vorteilhaften Geschäftes unterlassen müsse. Bei dieser Schadenskonstruktion ergibt sich die Besonderheit, daß der Schaden nicht schon beim Vertragsschluß, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, in dem die vermögensschädigende Maßnahme vorgenommen wird, eintreten kann.
2) Weit verbreitet ist die Ansicht, ein Schaden des Käufers liege schon zur Zeit des Vertragsschlusses deshalb vor, weil die Bindung an den Vertrag die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Käufers einenge und seine Liquidität beschränke[2].

---

1) BGHSt 16, 321, 328; OLG Hamm JMBl NRW 1964, 32; OLG Köln JMBl NRW 1966, 211; KG JR 1966, 392; Lang-Hinrichsen LM Nr. 56 zu § 263; Gutmann MDR 1963, 96.

2) BGH NJW 1952, 1063; RGSt 76, 52; BayObLGSt 1955, 10; OLG Celle Nds Rpfl 1956, 210 f; KG JR 1966, 392; OLG Köln JMBl NRW 1966, 211; Lenckner MDR 1961, 655; Eser GA 1962, 297 f; Schröder JR 1966, 393.

3) Ferner wird ein Vermögensschaden des Käufers darin gesehen, daß seine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung unter Umständen für ihn eine übermäßige wirtschaftliche Belastung darstellen könnte insofern, als er infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen könne, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerläßlich seien[1].

4) Das Reichsgericht[2] hat sogar einmal entschieden, daß u.U. trotz Vollwertigkeit der Gegenleistung schon die Tatsache, daß der Vertragsschluß dem Getäuschten unerwünscht sei, die Annahme einer Vermögensschädigung rechtfertigen könne. Ähnliches klingt auch in einem Urteil des OLG Braunschweig an[3].

5) Eine noch extremere Auffassung vertritt der BGH[4], der in einer Entscheidung in Anlehnung an das Reichsgericht[5] eine der Vermögensschädigung gleichkommende Vermögensgefährdung schon darin sieht, daß der Geschädigte überhaupt in vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Vertragspartner getreten sei, der von vornherein darauf ausging, den Vertragsgegner unter planmäßiger Ausnutzung eines beim Vertragsschluß erregten Irrtums zur Entgegennahme einer vertragswidrigen Leistung zu veranlassen.

---

1) BGHSt 16, 321, 328 (ausführlich); BGH NJW 1952, 1063; BGH bei Dallinger MDR 1952, 409; RGSt 76, 51 f; RG JW 1927, 1693 Nr. 22; RG HRR 1935 Nr. 1351; 1938 Nr. 352; 1939 Nr. 1199; 1941 Nr. 169; RG DR 1939, 1509; OLG Hamm JMBl NRW 1964, 32; OLG Köln JMBl NRW 1966, 211; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 99; Maurach § 38 II B 4 c cc; Lenckner MDR 1961, 655; Schröder NJW 1962, 721; Gutmann MDR 1963, 93 f; Lang-Hinrichsen LM Nr. 56 zu § 263; OLG Celle MDR 1969, 159.

2) RGSt 76, 49.

3) OLG Braunschweig Nds Rpfl 1960, 279.

4) BGH NJW 1953, 836 = LM Nr. 24 zu § 263.

5) RG HRR 1938 Nr. 352.

6) Hengsberger[1] nimmt einen Vermögensschaden bei Abschluß des Kaufvertrages an, weil der dem Käufer aus dem Vertrag erwachsene Anspruch einen Minderwert aufweise im Vergleich zu dem Anspruch, den der Verkäufer vorgespiegelt habe.
7) Am häufigsten findet sich die Begründung, der realisierbare Anspruch auf einen nicht vertragsmäßigen Gegenstand sei trotz objektiver Gleichwertigkeit von Kaufgegenstand und Kaufpreis für den getäuschten Käufer nicht von einem dem Kaufpreis entsprechenden Wert, wenn er nach seinen individuellen konkreten persönlichen Verhältnissen den Gegenstand nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden könne, also wenn die Sache für ihn nicht brauchbar sei[2].

zu 1) Der zuerst genannten Schadenskonstruktion ist entgegenzuhalten, daß durch die Vornahme der erwähnten vermögensschädigenden Maßnahmen zwar ein effektiver Vermögensschaden eintritt, es sich dabei aber nicht um einen Betrugsschaden i.S.d. § 263 StGB handelt. Der Schaden des § 263 muß sich aus dem betrügerischen Geschäft als solchem ergeben, seine Grundlage also immer irgendwie in dem Austausch von Leistung und Gegenleistung haben. Die Nachteile, die mit dem Abschluß von weiteren vermögensschädigenden Rechtsgeschäften verbunden sind, mit deren Einnahmen dann der Betrüger be-

---

1) Hengsberger LM Nr. 54 zu § 263

2) BGHSt 16, 222 u. 321; BGH NJW 1953, 836; BGH JZ 1971, 340; RGSt 5, 140; 9, 172 u. 363 f; 16, 7; 42, 50; 49, 26; 69, 356; 76, 51 f; OLG Hamm JMBl NRW 1953, 154; BayObLGSt 1955, 10; OLG Köln JR 1957, 352; OLG Köln NJW 1959, 1981; OLG Hamm NJW 1960, 643; OLG Braunschweig NdsRpfl 1960, 279; OLG Hamm JMBl NRW 1964, 32; OLG Köln JMBl NRW 1966, 211; KG JR 1966, 392; OLG Düsseldorf JMBl NRW 1967, 258; OLG Hamm NJW 1968, 903; OLG Hamm JMBl NRW 1971, 201; RG JW 1927, 1693 Nr. 22; RG HRR 1941 Nr. 169; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 87; Maurach § 38 II B 4 c cc; Lenckner MDR 1961, 652, 655; Gutmann MDR 1963, 92 f; Schröder JR 1966, 393; Hengsberger LM Nr. 54 zu § 263; OLG Hamm JMBl NRW 1971, 201.

zahlt werden soll, müssen ebenso außer Betracht bleiben wie etwaige aus diesen Geschäften resultierende Vorteile und Gewinne, durch die ein herbeigeführter Schaden ja auch nicht ausgeglichen werden könnte, weil es sich nicht um eine unmittelbare Konsequenz des betrügerischen Geschäfts handelt[1]. Außerdem würde es an dem von der h.M.[2] aufgestellten Erfordernis der Stoffgleichheit zwischen Vermögensschaden und Vorteil fehlen. Der vom Täter angestrebte Vorteil, die Zahlung des Kaufpreises, ist nicht die Kehrseite des Schadens des Käufers durch den Abschluß weiterer vermögensschädigender Rechtsgeschäfte. Ein dritter Grund dafür,daß eine Strafbarkeit des Verkäufers wegen Betruges ausscheidet, liegt darin, daß der Verkäufer sich in der Regel eine solche Schädigung des Käufers gar nicht vorstellt, es ihm also am Schädigungsvorsatz fehlt.

zu 2) Ähnliches gilt für die Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Objektiv gesehen ist der Käufer in seiner Liquidität durch den Vertragsschluß keineswegs beschränkt, da er ja die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann, solange der Verkäufer nicht die vertragsgemäße Erfüllung bewirkt. Aber subjektiv wird sich der Käufer wohl in den meisten Fällen infolge seines Irrtums an die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises gebunden fühlen und das Geld für diesen Zweck zur Verfügung halten. Dennoch kann darin, daß der Käufer sich in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt fühlt, kein Vermögensschaden des Käufers liegen. Der Betrug ist, wie schon oft erwähnt, kein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit. Außerdem würde der Käufer dann, wenn die verkaufte Sache fehlerfrei wäre oder die zugesicherten Eigenschaften besäße und er zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wäre, auch in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeengt sein, ohne daß jemand auf die

---

1) Schröder NJW 1962, 721; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 99.
2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 123 m.w.N.

Idee käme, der Käufer könnte geschädigt sein. Deshalb hat auch der BGH[1] in einem Urteil entschieden, daß die Einschränkung der Verfügungsfreiheit durch einen Vertragsschluß für sich allein noch keinen Vermögensschaden darstellt. Auch aus dem Gesichtspunkt der Stoffgleichheit zwischen Schaden des Opfers und Vorteil des Täters scheidet die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden aus[2]. Der Verkäufer kann aus dieser Beeinträchtigung keinen Vermögensvorteil ziehen. Er erstrebt vielmehr den Kaufpreis, und für diesen bekommt der Käufer einen entsprechenden Gegenwert.

zu 3) Die h.M. zieht, oft als Ergänzung zu der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Käufers zur Begründung eines Schadens heran insofern, als der Schaden in einer übermäßigen wirtschaftlichen Belastung[3] des Käufervermögens durch die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung bestehen soll, die angeblich zur Folge habe, daß der Käufer die an anderer Stelle dringend benötigten Mittel dort nicht einsetzen könne und Einschränkungen und Opfer auf sich nehme, für die er besondere wirtschaftliche Vorteile nicht erhalte.

So lobenswert der Versuch, die finanziell schwachen Käuferschichten vor einem durch Täuschung des Verkäufers veranlaßten wirtschaftlich unvernünftigen Vertragsschluß zu schützen, auch sein mag, es darf doch nicht verkannt werden, daß eine objektive wirtschaftliche Belastung des Käufers nicht besteht, da er gemäß § 320 BGB die Kaufpreiszahlung verweigern kann, solange der Verkäufer den Vertrag nicht ordnungsgemäß durch Leistung einer fehlerfreien Sache erfüllt, oder weil er nach Gefahrübergang dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers die Einrede der Wandelung oder Minderung entgegenhalten kann.

---

1) BGHSt 16, 326.

2) Hardwig GA 1956, 20.

3) Die verschiedenen Formulierungen sind zitiert in BGHSt 16, 327, jedoch sind die dort angegebenen Seitenzahlen z.T. ungenau.

Außerdem könnte in einer übermäßigen wirtschaftlichen Belastung durch die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung ein Betrugsschaden ohnehin nicht liegen, weil ein Betrug seinem Wesen nach nur bei einer unbewußten Selbstschädigung des Opfers in Betracht kommt[1]. Hier hat der Käufer aber freiwillig und ganz bewußt die übermäßige wirtschaftliche Belastung - die den Schaden bilden soll - auf sich genommen, um einen vermeintlich "günstigen" Kauf zu tätigen. Man kann auch nicht etwa dahingehend argumentieren, daß das Geld für einen wirtschaftlich schwachen Käufer mehr wert sei als die objektiv gleichwertige Sache, die er kauft. Geld hat für alle Teilnehmer am Wirtschaftsleben denselben objektiven Wert. Bei anderer Betrachtung würde ein wirtschaftlich schwacher Käufer bei jedem normalen Geschäft des täglichen Lebens einen Schaden erleiden.

Ferner fehlt das Merkmal der Stoffgleichheit zwischen Schaden und Vorteil[2]. Aus einer unvertretbaren übermäßigen wirtschaftlichen Belastung, die der Käufer bewußt auf sich genommen hat, kann der Verkäufer keinen Vorteil ziehen. Auch wäre gegenüber einem Erwerber, der sich in besseren Vermögensverhältnissen befand, vom Standpunkt des § 263 aus gegen das Verhalten des Täters nichts einzuwenden gewesen. Daß er in diesem Fall einem wirtschaftlich schwächeren Käufer gegenüberstand, kann für seine Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, und für den Gegenstand seines Vorteils nicht von entscheidender Bedeutung sein[3].

zu 4) Ein unerwünschter Vertragsschluß kann einen Vermögensschaden nicht begründen. Wünsche haben auf den Wert des Vermögens keinen Einfluß.

zu 5) Vertragliche Beziehungen zu einem böswilligen Vertragspartner können möglicherweise eine Vermögensgefährdung herbeiführen, aber niemals einen Vermögensschaden, weil der

---

1) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 37 u. 99; Schröder NJW 1962, 722; Jagusch LK § 263 Anm. 4; Frank § 263 VI 1; Cramer JZ 1971, 415 f.

2) vgl. auch Schönke-Schröder § 263 Rdn. 123.

3) Schröder NJW 1962, 722.

böswillige Vertragspartner seine Absichten jederzeit ändern kann.

zu 6) Ein Wertvergleich zwischen dem dem Käufer aus dem Vertrag erwachsenen Anspruch und dem Anspruch, den der Verkäufer vorgespiegelt hat, ist abzulehnen, da der vom Verkäufer vorgespiegelte Anspruch sich nie im Vermögen des Käufers befunden hat, weil er zu keinem Zeitpunkt realisierbar, d.h. einklagbar war.

zu 7) Die Ansicht, daß ein Kaufgegenstand, der für den Käufer nach seinen individuellen Verhältnissen nicht oder nicht im vollen Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwendbar und brauchbar ist, für den Käufer nicht den vollen objektiven Wert hat, ist zutreffend. Deshalb kann sich trotz objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein Vermögensschaden des Käufers ergeben, weil er für den Kaufpreis nach seinen Verhältnissen einen entsprechenden Gegenwert nicht erhält. Hier ergibt sich der Schaden unmittelbar aus einem Wertvergleich zwischen Leistung und Gegenleistung. Auch das Erfordernis der Stoffgleichheit besteht, weil der Verkäufer den Kaufpreis für eine Sache erstrebt, die für den Käufer nicht den entsprechenden Wert hat. Selbst an einem Schädigungsvorsatz des Verkäufers fehlt es nicht, da dieser auf Grund der vertraglichen Vereinbarungen und Zusicherungen genau weiß, was für einen Gegenstand der Käufer für seine Zwecke haben will und verwenden kann.

Dennoch kann dieses Schadenskriterium nach den hier bisher erarbeiteten Regeln nicht einen Eingehungsbetrug begründen, sondern nur einen Erfüllungsbetrug. Der Minderwert der Kaufsache nach den individuellen konkreten Verhältnissen des Käufers ist nicht anders zu beurteilen als der objektive Minderwert. Es kann deshalb auf das Ergebnis des vorigen Abschnitts verwiesen werden, das entsprechend gilt.

(2) Vermeintlich günstiger Kauf

Wenn ein Kaufgegenstand im Wert dem Kaufpreis entspricht und auch für den Käufer brauchbar ist, tritt durch den Vertragsschluß vor der Zahlung des Kaufpreises beim Käufer ein Vermögensschaden nicht ein. Einmal hat der Käufer eine Gegenforderung erlangt, die dem vereinbarten Kaufpreis im Wert sowohl nach generellen wie nach individuell-objektiven Maßstäben entspricht[1]. Zum anderen kann der Käufer vor dem Gefahrübergang gemäß § 320 BGB die Zahlung des Preises verweigern. Ist der Kaufgegenstand mit einem nicht behebbaren Fehler behaftet oder ist die zugesicherte Eigenschaft nicht zu beschaffen, kann er außerdem im Hinblick auf sein Wandelungs- oder Minderungsrecht die Zahlung des vollen Kaufpreises ablehnen. Auch nach dem Gefahrübergang steht ihm das Recht zur Verweigerung der vollen Kaufpreiszahlung auf Grund der Gewährleistungsvorschriften zu.

Ist der Mangel behebbar oder ist die zugesicherte Eigenschaft zu beschaffen, so entsteht dem Käufer auch durch die Zahlung des vollen Kaufpreises vor dem Gefahrübergang noch kein Schaden, weil noch nicht mit gegenwärtiger Gewißheit feststeht, daß der Käufer eine nicht vertragsgemäße Sache erhalten wird.

In diesen Fällen ist das Ergebnis nicht anders als wenn die Kaufsache infolge eines Fehlers oder des Fehlens zugesicherter Eigenschaften nicht den Wert des vereinbarten Kaufpreises hat. Fraglich ist nun, ob bei Gleichwertigkeit zwischen der mangelhaften Kaufsache und dem vereinbarten Preis eine andere Beurteilung gerechtfertigt ist.

Wenn vor dem Gefahrübergang, aber nach der Zahlung des vollen Kaufpreises durch den Käufer feststeht, daß der Verkäufer den Mangel nicht beheben bzw. eine zugesicherte Eigenschaft nicht beschaffen kann, oder wenn der Verkäufer den

---

1) Lenckner MDR 1961, 655.

Gefahrübergang herbeiführt, ohne von diesen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, steht mit gegenwärtiger Gewißheit fest, daß der Käufer trotz Zahlung des vollen Kaufpreises nicht die ihm vertraglich zugesagte Gegenleistung erhalten wird bzw. erhalten hat. Andererseits entspricht die Gegenleistung, die er erhalten wird bzw. schon erhalten hat, im Wert dem gezahlten Preis, Deshalb wird teilweise[1] angenommen, daß ein Schaden des Käufers ausgeschlossen sei, weil die beiderseitigen Leistungen einander im Wert entsprechen. Die Hoffnung, mehr zu bekommen als hingegeben wurde, werde durch § 263 StGB nicht geschützt. Die Vereitelung der Vermögensvermehrung sei kein Schaden. Das Käufervermögen verändere sich zwar in seinen Bestandteilen, hinsichtlich des Gesamtgeldwertes bleibe jedoch alles beim alten.

Nach gegenteiliger Ansicht[2] soll ein Schaden des Käufers darin liegen, daß er nicht seiner durch den Vertragsschluß rechtlich begründeten Anwartschaft entsprechend beliefert werde. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Der BGH[3], Lenckner[4] und Cramer[5] weisen zutreffend darauf hin, daß der Käufer weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Anwartschaft auf die Lieferung der Kaufsache ohne Fehler und mit den zugesicherten Eigenschaften hat. Er hat zwar einen zivilrechtlichen Anspruch darauf. Dieser Anspruch ist aber nicht einklagbar und deshalb ohne entsprechenden Wert. Es besteht keineswegs eine Anwartschaft oder ein Vermögenswertzuwachs durch diesen Anspruch. Der Anspruch ist nicht mehr wert als die tatsächlich gelieferte Sache. Folglich wird der Käufer durch die Belieferung mit einer nicht vertragsgemäßen Sache nicht geschädigt.

---

1) BGHSt 16, 223 f; OLG Hamm JMBl NRW 1953, 154; Schönfeld JZ 1964, 207 f; Welzel § 54 I 4 b.

2) RGSt 16, 10 f; OLG Köln NJW 1959, 1981; OLG Hamm BB 1960, 503; Meyer-Allfeld S. 476 Fußn. 39; Kyll S. 30.

3) BGHSt 16, 223.

4) Lenckner MDR 1961, 653.

5) Cramer S. 188.

Der zuerst zitierten Ansicht ist insofern zuzustimmen, als die Vereitelung der Vermögensvermehrung in der Regel keinen Schaden begründet und die Hoffnung, mehr zu bekommen als geleistet wurde, durch § 263 StGB nicht geschützt wird. Daß dem Käufer trotzdem durch die Zahlung des Kaufpreises für eine Sache, die im Wert zwar dem Preis entspricht, aber mangelhaft bzw. ohne die zugesicherten Eigenschaften ist, ein Vermögensschaden entstehen kann, ergibt sich aus einem Gesichtspunkt, der insbesondere von Lenckner[1] und Schröder[2] herausgestellt wird, sich aber auch schon in der älteren Literatur[3] findet: Auch wenn der Kaufgegenstand trotz der Mängel und trotz des Fehlens der zugesicherten Eigenschaften im Werte dem Kaufpreis entspricht, kann der Käufer gemäß §§ 459, 462, 467 BGB wandeln, also die Zahlung des Kaufpreises ablehnen oder, falls er die Sache erhalten bzw. behalten möchte, gemäß §§ 459, 462, 472 BGB mindern, d.h. den Kaufpreis in dem Verhältnisse herabsetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Gleichwertigkeit von Kaufgegenstand und Kaufpreis schließt diese Gewährleistungsrechte nicht aus, weil die Eigenart der vertraglichen Preisbildung unberührt bleiben soll. Der Käufer hat ein Recht erworben, den vollen vereinbarten Kaufpreis nicht zahlen zu müssen. Er kann beispielsweise auf Feststellung dieses Rechtes klagen. Wenn der Käufer nun trotz dieses Rechtes den vollen Kaufpreis zahlt, leistet er mehr, als er zu leisten verpflichtet ist. Es handelt sich hier nicht um die Vereitelung einer Vermögensvermehrung, sondern um einen echten Vermögensschaden, der darin liegt, daß der Käufer eine Leistung erbringt, zu der er nicht verpflichtet ist.

Von einem ähnlichen Grundgedanken wird eine Entscheidung des OLG Köln[4] getragen, in der es heißt: "Wer infolge Täu-

---

1) Lenckner MDR 1961, 653; Lenckner NJW 1962, 59.
2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 93, 96.
3) Hirschberg S. 311; Eckstein GA 58, 343.
4) OLG Köln NJW 1959, 1980.

schung über eine zugesicherte Eigenschaft des Kaufgegenstandes eine Ware geringerer Qualität erhält, ist betrügerisch in seinem Vermögensstande geschädigt, wenn er dafür den für die Ware höherer Qualität vereinbarten Kaufpreis zahlt .... Die Hingabe des für die höherwertige Leistung vorgesehenen Kaufpreises stellt eine Vermögenseinbuße dar, deren Ausgleich nicht dadurch herbeigeführt wird,daß die erlangte Ware an sich den gezahlten Preis wert ist." Der Gedanke, daß durch die Zahlung des für eine höherwertige Leistung vereinbarten Kaufpreises ein Schaden auch dann entsteht, wenn die tatsächliche Leistung dem Preis entspricht, findet sich auch bei Kohlrausch-Lange[1], wo der Käufer als geschädigt angesehen wird, "wenn er leistet und die als Ausgleich erworbene Forderung entweder den gemachten Zusicherungen nicht entspricht oder objektiv ungleichwertig ist."

Unter den Gegnern der hier vertretenen Ansicht ist insbesondere Schönfeld[2] zu nennen. Er meint, die durch die Gewährleistungsvorschriften zivilrechtlich geschützten Vermögenserwerbsinteressen seien in den Schutzbereich der Betrugsnorm nicht einbezogen. Es sei nicht gerechtfertigt, zum Schutze der Erwerbsinteressen des einzelnen nicht nur das Zivilrecht, sondern über § 263 auch das Strafrecht aufzubieten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 263 StGB nach allgemeiner Ansicht[3] auch die Erwerbsinteressen einzelner schützt insofern, als auch Anwartschaften zum Vermögen gerechnet werden. Außerdem ist es unmöglich, die zivilrechtlichen Regelungen und Vorschriften aus der Beurteilung von Vermögensdelikten auszuklammern, weil doch gerade das Zivilrecht Aufschluß gibt über den Wert und die Zuordnung von Vermögensgegenständen. Insbesondere müssen die zivilen Rechte, die dem einzelnen die Möglichkeit geben, sich gegen Maßnahmen und Forderungen des Täters zu wehren, im Strafrecht Beachtung und Schutz finden.

---

1) Kohlrausch-Lange § 263 V 2 a.

2) Schönfeld JZ 1964, 206 ff insb. 208 f.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 65 m.w.N.

Wird der Käufer einer Sache durch die Täuschung des Verkäufers bei Vertragsschluß, die bis zum Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung nachwirkt, infolge seines Irrtums über die Vertragsmäßigkeit der Gegenleistung veranlaßt, den Kaufpreis zu zahlen, ohne sein Wandelungs- oder Minderungsrecht durch die Verweigerung der Kaufpreiszahlung auszuüben, so ist dieser Fall nicht anders zu beurteilen, als wenn jemand durch Täuschung zur Bezahlung einer Nichtschuld veranlaßt wird[1]. Es ist nicht einzusehen, warum dem Käufer, der einen Preis zahlt, zu dessen Zahlung er nicht verpflichtet ist, nicht derselbe Strafrechtsschutz zukommen soll, der nach h.M.[2] demjenigen gewährt wird, der eine Nichtschuld bezahlt.

Man könnte daran zweifeln, ob der Verkäufer die Absicht hatte, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, weil er für den Kaufpreis eine Sache leistet, die dem Preis im Wert entspricht. Der Vorteil für den Verkäufer ergibt sich jedoch daraus, daß er den Kaufpreis erlangt, der für ihn zum Teil ein Gewinn ist. Böte das Geschäft ihm keinen Vorteil, so würde er den Käufer ja nicht durch Täuschung zum Vertragsschluß bewegt haben. Der Vorteil ist stoffgleich mit dem Schaden, da der Kaufpreis aus dem Vermögen des Käufers unmittelbar dem Vermögen des Verkäufers zuwächst.

Schönfeld[3] zweifelt daran, daß der Verkäufer einen Schädigungsvorsatz hat. Er meint, der Verkäufer täusche den Käufer nicht, um ihn ärmer zu machen, sondern allein zu dem Zweck, ihn zum Abschluß eines normalen, d.h. in den beiderseitigen Leistungen ausgewogenen Kaufvertrages zu bewegen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Verkäufer weniger den Abschluß des Vertrages als vielmehr die Zahlung des Kaufpreises anstrebt und mittels der Täuschung herbeiführen will.

---

1) Lenckner NJW 1962, 59.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 77 m.w.N.; RG JW 1938, 1316; RGSt 60, 294.

3) Schönfeld JZ 1964, 209.

Er bezweckt mit der Täuschung vor allem, den Käufer über die Beschaffenheit der Kaufsache im unklaren zu halten und ihn von der Ausübung seines Rechtes, auf Grund der Gewährleistungsvorschriften die Zahlung des Preises zu verweigern, abzuhalten.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß auch dann, wenn der Wert der dem Käufer gelieferten Kaufsache, die Mängel aufweist bzw. der die zugesicherten Eigenschaften fehlen, dem Kaufpreis entspricht, dem Käufer durch die Zahlung des Kaufpreises ein Vermögensschaden entsteht. Der Käufer ist nämlich wegen der ihm zustehenden Gewährleistungsrechte nicht zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet und leistet deshalb mit der Zahlung des vollen Preises mehr als er schuldet. Dasselbe gilt, wenn der Käufer vor der Lieferung des Kaufgegenstandes den Preis zahlt und die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache nicht zu beheben ist oder wenn der Verkäufer nach Zahlung des vollen Preises durch den Käufer die fehlerhafte Sache liefert[1].

(cc) Kauf einer Gattungssache

Die Besonderheit des Betruges beim Gattungskauf ergibt sich daraus, daß der Käufer einer Gattungssache im Gegensatz zum Käufer einer Speziessache einen realisierbaren Anspruch auf die Lieferung einer mängelfreien Sache mit den zugesicherten Eigenschaften hat. Der Anspruch des Käufers hat sich nämlich nicht auf eine bestimmte Sache konkretisiert. Vielmehr muß der Verkäufer gemäß § 243 Abs. 1 BGB eine Sache mittlerer Art und Güte leisten. Deshalb ist man sich zu Recht einig[2], daß durch den Abschluß eines Kaufver-

---

1) Im Ergebnis ebenso Cramer S. 200 f.

2) RG GA 47, 283; 50, 392; RG JW 1921, 400; RG HRR 1932 Nr. 397; BayObLG JW 1926, 2925; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 94; Lenckner MDR 1961, 654; Lenckner NJW 1962, 59; Cramer S. 174; Schönfeld JZ 1964, 209 Fußn. 54; Kyll S. 29.

trages über eine Gattungssache dem Käufer kein Vermögensschaden entsteht, auch wenn der Verkäufer die nicht vorhandene Absicht vorspiegelt, eine mängelfreie Gattungssache mit den zugesicherten Eigenschaften zu liefern. Vielmehr wird allgemein[1] angenommen, daß der Verkäufer einen Erfüllungsbetrug begehe, wenn er eine Leistung erbringt, die von der vertraglichen Leistung zum Nachteil des Käufers abweicht, z.B. auf Grund von Sachmängeln oder weil die zugesicherten Eigenschaften fehlen. Zu vergleichen sei hier nicht Leistung und Gegenleistung, sondern der Wert des Erfüllungsanspruches und der Wert der tatsächlichen Erfüllung, so daß der Käufer bei einer Differenz auch dann geschädigt sei, wenn die gelieferte Ware den Preis noch wert sei. Der Getäuschte bekomme in diesem Fall für sein Geld zwar einen Gegenwert, nicht aber für seinen Anspruch. Somit sei der Getäuschte auch davor geschützt, daß ihm die Vorteile, die er durch einen günstigen Vertrag erlangt habe, durch eine mangelhafte Erfüllungshandlung wieder entzogen würden.

Dieser Ansicht kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zwar erleidet der Käufer durch den Abschluß des Kaufvertrages keinen Schaden, weil er einen realisierbaren Anspruch auf eine vertragsmäßige Sache erhält und andererseits bei Lieferung einer nicht vertragsmäßigen Sache die Kaufpreiszahlung verweigern kann. Aber auch durch die Annahme einer vertragswidrigen Sache muß dem Käufer nicht in jedem Falle ein Vermögensschaden entstehen. Zwar hat der Käufer wertmäßig weniger erhalten als sein Anspruch wert war. Aber der Wert der Erfüllung kann mit dem Wert des Anspruchs nicht losgelöst von der Zahlung des Preises verglichen werden[2]. Ein Schaden kann dem Käufer nicht dadurch entstehen, daß er etwas erhält, son-

---

1) RG GA 47, 283; 50, 393; RG HRR 1932 Nr. 397; Schönke-Schröder § 253 Rdn. 94; Lenckner MDR 1961, 654; Lenckner NJW 1962, 59; Cramer S. 190; Gutmann MDR 1963, 93; Schönfeld JZ 1964, 209 Fußn. 54; Hirschberg S. 311.

2) vgl. RG GA 47, 283; Kohlrausch JW 1921, 400.

dern allenfalls dadurch, daß er für sein gezahltes Geld weniger erhält als er beanspruchen konnte oder daß er für eine Leistung mehr zahlt als er hätte zahlen müssen. Solange der Käufer den vereinbarten Preis nicht gezahlt hat, trifft ihn also durch die Entgegennahme einer vertragswidrigen Sache kein Schaden. Er kann gemäß § 480 BGB die Lieferung einer mangelfreien Sache fordern und bis zu deren Bewirkung die Zahlung des Preises verweigern. Er kann die Einrede der Wandelung bzw. Minderung erheben und die Zahlung des Preises überhaupt bzw. zu einem der Wertminderung entsprechenden Teil ablehnen.

Durch eine Kaufpreiszahlung vor Lieferung der Gattungssache ist der Käufer schon deshalb nicht geschädigt, weil eine Lieferung aus der vertraglich vereinbarten Gattung dem Verkäufer möglich ist und noch nicht mit gegenwärtiger Gewißheit feststeht, daß der Verkäufer eine vertragswidrige Sache liefern wird. Der Verkäufer kann ja seine ursprünglichen Absichten jederzeit ändern und dem Käufer für den gezahlten Preis eine vertragsgemäße Sache liefern.

Beim Gattungskauf entsteht dem Käufer also nur dann ein Schaden, wenn er entweder nach der Annahme einer mangelhaften Sache den vereinbarten Kaufpreis zahlt oder nach der Zahlung des vollen Kaufpreises eine vertragswidrige Sache als Erfüllung annimmt. Im ersten Fall hat der Käufer mehr gezahlt als er eigentlich hätte zahlen müssen, weil ihm gegenüber dem Kaufpreisanspruch des Verkäufers die Einrede aus § 480 BGB zustand und er die Kaufpreiszahlung bei Wahl der Nachlieferung vorläufig ganz, bei Wahl der Wandelung endgültig ganz und bei Wahl der Minderung endgültig teilweise hätte verweigern können. Im zweiten Falle hat er für sein Geld wertmäßig weniger erhalten als er nach dem Vertrag hätte realisierbar beanspruchen können. Der Wert der tatsächlichen Gegenleistung des Verkäufers für die Zahlung des Kaufpreises blieb hinter dem Wert des zuvor vom Käufer erworbenen Vertragsrechtes zurück. Dieser Wertvergleich zwischen der

tatsächlichen Leistung des Verkäufers nach erfolgter Zahlung und dem zuvor erworbenen Anspruch des Käufers ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Wert der vertragswidrigen Leistung noch dem Kaufpreis entspricht, wenn sich also aus einem Wertvergleich zwischen Leistung und Gegenleistung der Parteien ein Schaden nicht herleiten läßt.

b) Täuschung über den Vertragsschluß als solchen

In den bisher behandelten Fällen wurde dem Käufer einer Sache die Fehlerfreiheit oder das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften vorgespiegelt. Zu untersuchen ist aber auch der Fall, daß der Verkäufer oder sein Vertreter den Käufer über den Vertragsschluß als solchen täuscht, etwa indem er dem Käufer vorspiegelt, er brauche dessen Unterschrift für einen anderen Zweck, während der Käufer in Wirklichkeit einen Kaufvertrag unterzeichnet.

Diesen Vertrag kann der Käufer gemäß § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Mit der Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB, wird der Vertrag rückwirkend vernichtet, § 142 Abs. 1 BGB. In einem solchen Falle braucht der Käufer den Preis nicht zu bezahlen. Er braucht auch nicht im Falle der Anfechtung gemäß § 122 BGB Schadensersatz zu leisten. Trotzdem wird die Anfechtbarkeit des Vertrages für strafrechtlich unerheblich gehalten[1], weil der Käufer die Voraussetzungen dafür beweisen müsse und Gefahr laufe, das nicht zu können. Die rechtlich gegebene, tatsächlich mehr oder weniger zweifelhafte Möglichkeit, die Folgen der Täuschung zu beweisen, sei ohne Bedeutung für die Frage, ob strafrechtlich ein Betrug, insbesondere ein Vermögensschaden, vorliege[2].

---

1) BGH NJW 1968, 902; BGHSt 23, 302; differenzierend Lenckner JZ 1971, 322 f und Cramer S. 176 f.

2) BGH NJW 1968, 902; OLG Hamm JMBl NRW 1961, 201.

Ein Eingehungsbetrug wird in einem solchen Fall angenommen, wenn die gekaufte Sache für den Käufer nach seinen individuellen persönlichen Verhältnissen und den von ihm verfolgten Zwecken unbrauchbar und damit wertlos ist[1], wenn der Kaufvertrag für den Käufer unwirtschaftlich ist[2] oder wenn trotz objektiver Gleichwertigkeit zwischen Kaufgegenstand und Kaufpreis der Preis für den Käufer nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu hoch ist[3]. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wird ein Vermögensschaden bei Gleichwertigkeit von Kaufgegenstand und Preis verneint[4]. Lediglich das OLG Köln[5] nimmt bei einer Täuschung über den Vertragsschluß als solchen immer einen Eingehungsbetrug an, weil der Käufer ungewollt in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt werde und die Dispositionsfreiheit des Betroffenen nicht nur eingeschränkt, sondern ihm gänzlich genommen werde.

Dazu ist zu sagen, daß man die Anfechtbarkeit des Vertrages gemäß § 123 BGB mit der Folge, daß der Käufer den Preis nicht zu zahlen braucht, nicht außer Betracht lassen kann. Bei dem für den Käufer unbewußten Vertragsschluß steht noch nicht mit gegenwärtiger Gewißheit fest, daß der Käufer sein Vermögen durch die Zahlung des Kaufpreises schädigen wird, weil er durch eine Anfechtung den Schadenseintritt verhindern kann. Es besteht vielmehr nur die Möglichkeit, daß der Käufer in der Zukunft durch die Kaufpreiszahlung einen Vermögensschaden erleiden wird, weil er eine Anfechtung für aussichtslos hält, oder daß der Käufer in einem Prozeß unterliegt und auf Grund des rechtskräftigen Urteils den Preis zahlt. Durch den Kaufabschluß ist somit zwar eine Vermögensgefährdung des Käufers entstanden, aber kein echter Vermö-

---

1) RGSt 9, 172; RG JW 1927, 1693 Nr. 22; OLG Braunschweig Nds Rpfl 1960, 279.

2) RG HRR 1939 Nr. 1199.

3) RG JW 1927, 1693 Nr. 22.

4) BGH NJW 1968, 902; RGSt 9, 172.

5) OLG Köln JMBl NRW 1966, 211.

gensschaden. Auch eine solche Gefährdung ist nur dann anzunehmen, wenn der von dem Käufer unbewußt gekaufte Gegenstand im Wert dem Kaufpreis nicht entspricht oder - so i.d.R. - gerade für den Käufer unbrauchbar und damit nicht vollwertig ist. Sind Kaufgegenstand und Kaufpreis für den Käufer gleichwertig, so ist, wie bereits erörtert, weder eine Vermögensschädigung noch eine Vermögensgefährdung möglich.

Weil beim Abschluß des Kaufvertrages noch keine gegenwärtige Gewißheit einer Vermögensschädigung des Käufers besteht, liegt bei einer Täuschung über den Vertragsschluß als solchen kein Eingehungsbetrug vor.

Auch ein Erfüllungsbetrug scheidet aus. Durch die Zahlung des Kaufpreises für eine Sache, die im Wert dem Preis nicht entspricht, mag der Käufer zwar einen Schaden erleiden. Er trifft aber diese Verfügung nicht auf Grund eines durch die Täuschung über den Vertragsschluß als solchen verursachten Irrtums. Wenn er zahlt, weiß er, daß er durch Täuschung zum Abschluß eines Vertrages veranlaßt wurde. Deshalb kann ein Betrug tatbestandsmäßig nicht vorliegen. Hat der Käufer deshalb gezahlt, weil der Verkäufer gedroht hat, ihm trotz der Abgabe der Anfechtungserklärung, die den Vertrag rückwirkend vernichtet, auf Zahlung zu verklagen, so liegt eine vollendete Erpressung gemäß § 253 StGB vor. Die Klageerhebung durch den Verkäufer stellt insofern für den Käufer ein empfindliches Übel dar, als er im Falle einer Verurteilung nicht nur den Kaufpreis, sondern auch die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Der Schaden besteht darin, daß der Käufer den Preis zahlt, wozu er nach der Anfechtung nicht mehr verpflichtet ist.

Zahlt der Käufer den Preis nach einer Verurteilung, so liegt kein Eingehungs- oder Erfüllungsbetrug, sondern ein Prozeßbetrug vor, da der Verkäufer von dem Kaufvertrag als erschlichenem Beweismittel zum Zwecke der Täuschung des Richters erfolgreich Gebrauch gemacht hat, doch dazu später ausführlich.

Also liegt weder in dem Abschluß noch in der Erfüllung eines Vertrages, von dessen Abschluß der Käufer infolge der Täuschung des Verkäufers nichts wußte, ein Betrug.

c) Täuschung über die Günstigkeit des Geschäfts

Schließlich ist noch der Fall zu behandeln, daß der Verkäufer dem Käufer wahrheitswidrig vorspiegelt, der Kauf sei für ihn besonders günstig. Beispielsweise kann der Verkäufer vorspiegeln, der verlangte Preis liege unter dem Listenpreis bzw. Normalpreis bzw. handelsüblichen Preis, und deshalb sei der Kaufgegenstand mehr wert als er koste, während in Wirklichkeit der Wert dem Preis entspricht.

In einem solchen Fall wird ein Schaden durch Eingehung des Vertrages angenommen, wenn der getäuschte Käufer infolge seiner schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse Einschränkungen und Opfer in seiner Lebensführung auf sich nehmen muß, um den Vertrag erfüllen zu können[1]. Der Schaden wird darin gesehen, daß diese übermäßigen Opfer nicht durch besondere wirtschaftliche Vorteile ausgeglichen würden, wenn es sich um ein gewöhnliches und nicht, wie der Käufer glaubt, um ein besonders günstiges Geschäft handelt.

Liegen derartige besondere Umstände nicht vor, so wird ein Betrug abgelehnt, weil die Hoffnung, ein vorteilhaftes Geschäft abzuschließen, nicht geschützt werde[2].

Durch den Vertragsschluß ist dem Käufer kein Schaden entstanden, weil er wegen der arglistigen Täuschung des Verkäufers gemäß § 123 BGB seine Willenserklärung anfechten und damit den Vertrag rückwirkend vernichten kann. Bemerkt er aber seinen Irrtum nicht und zahlt er den Preis, so ist er trotzdem nicht geschädigt, weil er für das Geld einen entsprechenden

---

1) BGHSt 16, 328 ff, insb. 330.

2) OLG Hamm JMBl NRW 1953, 154; Lenckner MDR 1961, 652; Schröder NJW 1962, 722; Schönfeld JZ 1964, 209 Fußn. 54.

Gegenwert erhält. Daß ein Schaden des Käufers nicht durch eine Einschränkung in der Lebensführung wegen eines für seine Verhältnisse zu hohen Preises entstehen kann, ergibt sich hier insbesondere daraus, daß der Käufer ja nicht über das Vorhandensein irgendwelcher werterhöhender Eigenschaften getäuscht wurde, sondern genau wußte, für welchen Gegenstand er derartige Einschränkungen und Opfer auf sich nehmen würde. Außerdem besteht für einen finanziell schwachen Käufer weder ein rechtlicher Anspruch noch eine tatsächliche Aussicht, für das Geld, das für ihn subjektiv zwar mehr wert sein mag als für einen wirtschaftlich besser gestellten Käufer, auch vom Verkäufer wertmäßig mehr zu erhalten als ein wohlhabender Kunde.

Ein Schaden wegen der Unbrauchbarkeit der Kaufsache für die Zwecke des Käufers scheidet i.d.R. aus, weil der Käufer über die Beschaffenheit der Sache nicht getäuscht worden ist und deshalb beim Kauf wissen mußte, ob er den Kaufgegenstand gebrauchen konnte.

Auch aus den Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff BGB ist ein Schaden des Käufers nicht herzuleiten. Er hat nicht mehr gezahlt, als er eigentlich hätte zahlen müssen. Der Wert einer Sache bzw. ihr Listenpreis oder Marktpreis ist im Gegensatz zu den wertbildenden Faktoren keine der Sache innewohnende Eigenschaft i.S.d. § 459 BGB, die zugesichert werden könnte[1], sondern lediglich das Ergebnis einer Schätzung aller für die Wertbildung maßgebenden Eigenschaften.

Somit kann durch die Vorspiegelung eines den Preis übersteigenden Wertes der Kaufsache dem Käufer kein Vermögensschaden entstehen, wenn die Sache den verlangten Preis wert und für den Käufer brauchbar ist.

---

1) Staudinger-Ostler § 459 Rdn. 50; Palandt-Gramm § 459 Anm. 7 b; RGZ 64, 269; 61, 86; RG JW 1909, 492 f.

d) Zusammenstellung zum Betrug beim Kauf einer mangelhaften Speziessache

1) Bei Vertragsschluß

a) behebbarer Mangel

Käufer erhält eine nicht durchsetzbare Forderung auf Verschaffung der gekauften Sache. Es besteht aber keine gegenwärtige Gewißheit, daß er eine mangelhafte Sache erhalten wird.
Verkäufer erhält eine wegen des Leistungsverweigerungsrechtes des Käufers aus § 320 BGB im Wert geminderte Kaufpreisforderung.
Kein Schaden!

b) nicht behebbarer Mangel

Käufer erhält eine wegen der fehlenden Durchsetzbarkeit im Wert geminderte Forderung auf Verschaffung der gekauften Sache, da mit gegenwärtiger Gewißheit feststeht, daß er eine mangelhafte Sache erhalten wird.
Verkäufer erhält eine wegen der Rechte des Käufers aus § 320 und §§ 459 ff BGB im Wert geminderte Kaufpreisforderung.
Kein Schaden!

2) Bei Gefahrübergang vor Zahlung

Käufer erhält den mangelhaften Kaufgegenstand.
Verkäufer hat eine wegen der Rechte des Käufers aus §§ 459 ff BGB im Wert geminderte Kaufpreisforderung.
Kein Schaden!

3) Bei Zahlung vor Gefahrübergang

a) behebbarer Mangel

Käufer hat eine nicht durchsetzbare Forderung auf Verschaffung der verkauften Sache. Es besteht aber keine gegenwärtige Gewißheit, daß er eine mangelhafte Sache erhalten wird.
Verkäufer erhält den vollen Kaufpreis.
Kein Schaden!

b) nicht behebbarer Mangel

Käufer hat eine wegen der fehlenden Durchsetzbarkeit im Wert geminderte Forderung auf Verschaffung der gekauften Sache, da mit gegenwärtiger Gewißheit feststeht, daß er eine mangelhafte Sache erhalten wird.
Verkäufer erhält den vollen Kaufpreis.
Schaden!

4) Bei Zahlung nach Gefahrübergang

Käufer hat den mangelhaften Kaufgegenstand.
Verkäufer erhält den vollen Kaufpreis.
Schaden!

5) Bei Gefahrübergang nach Zahlung

Käufer erhält den mangelhaften Kaufgegenstand.
Verkäufer hat den vollen Kaufpreis.
Schaden!

II. Erlangung einer Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Opfers

Bisher wurden Fälle behandelt, in denen der Getäuschte eine Leistung erbrachte oder eine vertragliche Verpflichtung einging und dadurch eine Forderung erhielt, wobei es ungewiß war, ob der Täter die geschuldete Gegenleistung im vollen Umfang erbringen würde. Die h.M. sah den Schaden darin, daß der Getäuschte für seine Leistung bzw. Verpflichtung zur Leistung kein volles wirtschaftliches Äquivalent erhalten habe, da die Forderung des Getäuschten gegen den Täter weniger wert sei als die erbrachte Leistung bzw. übernommene Leistungsverpflichtung. Es wurde jedoch festgestellt, daß infolge der Ungewißheit, ob eine effektive Schädigung sich tatsächlich verwirklichen werde, kein vollendeter, sondern nur ein versuch-

ter Betrug vorliegen kann. Nun sind noch die Fälle zu untersuchen, in denen nicht das Verhältnis von Leistung des Opfers und Leistung des Täters in Frage steht, sondern der Täter sich durch Täuschung eine Position verschafft, die ihm den sofortigen Zugriff auf Vermögensgegenstände des Opfers ermöglicht. Dabei sind drei Fallgruppen zu untersuchen: 1. Die Erschleichung einer Verfügungslegitimation, 2. Die Erschleichung eines vollstreckbaren Titels und 3. Die Beweismittelerschleichung.

1. Die Erschleichung einer Verfügungslegitimation

Hier kommen insbesondere drei Positionen in Betracht, die den Täter als Verfügungsberechtigten legitimieren: kraft Gesetzes der Erbschein und die Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch, kraft Rechtsgeschäfts eine Gutschrift in den Handelsbüchern einer Firma.

a) Erschleichung eines Erbscheins

Gemäß § 2365 BGB wird vermutet, daß demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. § 2366 BGB regelt zugunsten des Erwerbers eines Erbschaftsgegenstandes den öffentlichen Glauben des Erbscheins insofern, als der Inhalt des Erbscheins als richtig gilt, soweit die Vermutung des § 2365 BGB reicht, es sei denn, daß der Erwerber die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat.

Das Reichsgericht[1)] hat in der Erlangung eines Erbscheins durch Täuschung des Nachlaßgerichtes einen vollendeten Betrug gesehen. Es begründet seine Auffassung damit, daß der Erb-

1) RGSt 53, 261 f.

schein schon für sich einen Vermögenswert bilde. Denn er begründe nach § 2365 BGB für den im Erbschein Bezeichneten die Vermutung des ihm zustehenden Erbrechts und verleihe ihm mit öffentlichem Glauben die aus solcher Vermutung sich ergebende Befugnis zur Verfügung über Erbschaftsgegenstände und -rechte sowie zur Entgegennahme von Leistungen aus den zur Erbschaft gehörigen Rechten. Die durch Täuschung erschlichene Erteilung eines Erbscheins übertrage sonach Befugnisse, die gesetzmäßig dem wirklichen Erben zuständen, auf den Täter. Sie bedeute also für sich allein schon eine Vermögensbeschädigung des wirklichen Erben.

Diese Begründung ist jedoch mißverständlich. Dem Erbschein selbst wohnt kein Vermögenswert inne, und er verleiht dem darin als Erbe Bezeichneten auch keineswegs die Befugnis, sondern lediglich die rechtliche Möglichkeit zur Verfügung über Erbschaftsgegenstände. Der Erbschein ist weder ein Wertpapier noch eine rechtschaffende Urkunde, sondern ein Zeugnis mit Klarstellungsfunktion[1]. Da der Erbschein nur ein Zeugnis, ein Ausweismittel ist, werden durch seine Erteilung an den Täter dem Erben keine Rechte genommen und dem Täter keine Rechte verliehen. Der Erbe kann die ihm auf Grund seiner Erbenstellung gehörenden Erbschaftsgegenstände genau so veräußern wie vor der Erteilung des Erbscheins an den Täter. Der dem Täter erteilte Erbschein verbietet ihm dies nicht. Als wirklicher Erbe verfügt er als Berechtigter.

Eine Beeinträchtigung seines ererbten Vermögens könnte dem Erben aber aus der Rechtsstellung des Täters als Erbscheinsinhaber erwachsen. Da der Inhalt des Erbscheins einem Erwerber eines Erbschaftsgegenstandes gegenüber gemäß den §§ 2365, 2366 BGB als richtig gilt, verschafft der Erbschein dem darin als Erbe Bezeichneten die Möglichkeit, Erbschaftsgegenstände mit Wirkung gegen den tatsächlichen Erben an Dritte zu veräußern und so das Vermögen des wirklichen Erben

---

1) Palandt-Keidel § 2365 Anm. 1.

zu schädigen. Das Vermögen des wirklichen Erben ist bis zur Einziehung des Erbscheins durch das Nachlaßgericht dem jederzeitigen Zugriff des Täters ausgesetzt und damit gefährdet.

Wenn die herrschende Meinung[1] diese Gefährdung einer Schädigung des Vermögens gleichsetzen will, so muß sie behaupten, das Vermögen des wirklichen Erben sei wegen der Gefahr des Zugriffs durch den Täter weniger wert als vor der Erteilung des Erbscheins. Eine solche Wertminderung des Vermögens könnte sie damit begründen, daß vermutlich jemand, der von dem wirklichen Erben Erbschaftsgegenstände erwirbt, dem wirklichen Erben ohne Erbschein wegen der Befürchtung von Beweisschwierigkeiten gegenüber dem im Erbschein als Erbe bezeichneten Täter nicht den vollen Gegenwert zahlen werde. Ist dies tatsächlich der Fall, so bestehen keine Bedenken, einen vollendeten Betrug des Täters anzunehmen, weil sich das Vermögen des Erben effektiv als im Wert gemindert erwiesen hat. Erhält der Erbe aber den vollen Gegenwert, so besteht kein Grund, sein Vermögen als durch die Erbscheinserteilung an den Täter geschädigt anzusehen, nur weil der volle Gegenwert nicht mit Sicherheit zu erwarten war. Es muß eben abgewartet werden, welche Auswirkungen die Erbscheinserteilung an den Täter tatsächlich auf das Vermögen des Erben hat.

Trägt sich der Erbe dagegen nicht mit Veräußerungsabsichten bzw. weiß er gar nicht, daß er Erbe geworden ist, so ist es nicht gerechtfertigt, wie die h.M.[2] eine dem Vermögensschaden gleichstehende Vermögensgefährdung anzunehmen, weil der Täter durch den Erbschein in die Lage versetzt wurde, unmittelbar auf das betroffene Vermögen zuzugreifen. Dieser Argumentation liegt der Gedanke zugrunde, daß durch die Möglichkeit des Zugriffs für den Täter der Zugriff schon so gut

---

1) RGSt 53, 261 f; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 102 a.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 102 a; Grünhut RG-Festg. V, S. 123.

wie vollzogen sei. Das ist aber keineswegs der Fall. Der Täter kann immer noch seine ursprüngliche Zugriffsabsicht aufgeben und von dem Erbschein gar keinen Gebrauch machen. Dann wird das Vermögen des Erben nicht gemindert. Es erscheint in der Tat seltsam, daß eine böse Absicht des Täters einen Vermögensschaden des Erben begründen soll. Die Absicht des Täters, auf das Vermögen des Erben zuzugreifen, und seine durch den Erbschein bedingte Möglichkeit, dies zu tun, können in dem Erben allenfalls eine Furcht vor einer möglichen Vermögensschädigung, also ein Gefühl der Vermögensgefährdung hervorrufen, nicht aber ein Gefühl der Vermögensschädigung.

Deshalb ist in der Erschleichung eines Erbscheins nicht ein vollendeter, sondern erst ein versuchter Betrug zu sehen. Die eingetretene Vermögensgefährdung für den Erben ist die für den Versuch typische Gefährdung. Es handelt sich um einen unbeendigten Versuch, da der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hat, um eine konkrete Vermögensbeschädigung des Erben herbeizuführen. Ein Schaden liegt erst vor, wenn er über Erbschaftsgegenstände verfügt.

Ein vollendeter Betrug ist lediglich dann anzusehen, wenn der Erbe nachweist, daß ihm auf Grund der Erschleichung des Erbscheins durch den Täter ein effektiver, konkreter Vermögensschaden entstanden ist, z.B. weil der Erbe selbst bei einer Verfügung über Erbschaftsgegenstände nicht den vollen Gegenwert erhalten hat.

b) Erschleichung einer unrichtigen Grundbucheintragung

Ebenso wie die Erschleichung eines Erbscheins ist die Erschleichung einer unrichtigen Grundbucheintragung zu beurteilen. Gemäß § 892 BGB gilt zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Er-

werber bekannt ist. Wer also durch eine Täuschung des Grundbuchrichters als Eigentümer eines Grundstücks in das Grundbuch eingetragen wird, erwirbt die rechtliche Möglichkeit, zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers über das Grundstück zu verfügen. Daraus will die h.M.[1] einen Vermögensschaden konstruieren. Durch die Zugriffsmöglichkeit des Täters auf das Grundstück wird das Vermögen des Grundstückseigentümers jedoch noch nicht gemindert. Erst wenn der Täter seine Zugriffsabsicht in die Tat umsetzt, liegt ein tatsächlicher Vermögensschaden des Eigentümers vor. Vorher befindet sich die Tat im Versuchsstadium.

c. Erschleichung einer Gutschrift in den Handelsbüchern einer Firma

Eine Verfügungslegitimation kraft Rechtsgeschäfts ist in einer Gutschrift in den Handelsbüchern einer Firma zu sehen, wenn der gutgeschriebene Betrag jederzeit abgehoben werden kann. Hat jemand eine solche Gutschrift ungerechtfertigt erschlichen, so wird die Gefahr, daß er von der Möglichkeit, sein angebliches Guthaben abzuheben, Gebrauch machen könnte, von der h.M.[2] als Beschädigung des Firmenvermögens angesehen. Ein Vermögensschaden wird verneint, wenn die Gutschrift eine Provision betraf und diese vereinbarungsgemäß nur entsprechend den Zahlungen zu entrichten war, die aus den vermittelten Geschäften eingingen[3], oder wenn der Schuldner die Forderung trotz der Gutschrift stets bestritten und seinerzeit eine höhere Gegenforderung hatte[4]. Es wird auch nicht

---

1) RGSt 66, 373; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 102 a.

2) BGHSt 6, 117; RG GA 54 (1907), 414; RG LZ 1914, 1051 f Nr. 29; RG LZ 1923, 654 Nr. 4; RG JW 1926, 586 Nr. 6; RG JW 1934, 1498 Nr. 15; RG HRR 1934 Nr. 675; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 101; Olshausen § 263 Nr. 20 I f; Grünhut JW 1926, 1198 zu Nr. 38; Maurach BT § 38 II B 4 c dd.

3) BGHSt 6, 117; RG LZ 1914, 1051 f Nr. 29.

4) BGHSt 6,117; RG LZ 1923, 654 Nr. 4.

verkannt, daß die Gutschrift keineswegs für die Firma die Verpflichtung begründet, dem Täter auf Verlangen den ihm materiell nicht zustehenden, gutgeschriebenen Betrag auszuzahlen, da die Begründung einer Schuldforderung durch bloße auf sie hinweisende Eintragung in die Geschäftsbücher dem deutschen Recht fremd ist[1].

Wenn trotzdem auf Grund der Möglichkeit des Täters, den fälschlicherweise gutgeschriebenen Betrag abzuheben, eine Vermögensbeschädigung angenommen wird, so ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß keineswegs die gegenwärtige Gewißheit besteht, daß der Täter von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Er kann seine Absichten noch ändern und den gutgeschriebenen Betrag nicht abheben. Hinzu kommt noch, daß die getäuschte Firma bis zur Abhebung des Betrages die Gutschrift rückgängig machen oder die Zahlung verweigern kann. Der endgültige Verlust ist von der Auszahlung des Betrages durch die Firma abhängig. Schröder, der ebenso wie die Rechtsprechung in diesem Falle einen Vermögensschaden annimmt[2], führt an anderer Stelle[3] aus: "Bedarf es hierzu (zum endgültigen Verlust eines Vermögenswertes) noch einer weiteren Handlung im Herrschaftsbereich des Getäuschten, hat dieser also das Geschehen noch nicht endgültig aus der Hand gegeben, so bedeutet die Gefahr, daß er demnächst die letztlich schädigende Verfügung trifft, noch keinen Schaden, vielmehr kann es sich insoweit nur um die für den Versuch typische Gefährdung handeln ..." Nach diesen Grundsätzen, denen zuzustimmen ist, und weil die gegenwärtige Gewißheit eines endgültigen Vermögensschadens nicht besteht, ist die Erschleichung einer ungerechtfertigten Gutschrift in den Geschäftsbüchern einer Firma auch dann nur

---

1) RG GA 54 (1907), 414; RG LZ 1923, 654 Nr. 4; RG JW 1926, 586 Nr. 6; RG JW 1934, 1498 Nr. 15; RG HRR 1934 Nr. 675; Olshausen § 263 Nr. 20 I f; Grünhut JW 1926, 1198 zu Nr. 38.

2) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 101.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 100; vgl. auch Schröder JZ 1965, 516.

ein versuchter Betrug, wenn der Täter den gutgeschriebenen Betrag jederzeit abheben kann[1].

Dasselbe gilt für die Einreichung gefälschter Wechsel bei einer Bank zum Zwecke der Diskontierung und Gutschrift auf ein laufendes Konto, auch wenn der Täter über den Gegenwert der Gutschrift jederzeit verfügen kann[2].

2. Erschleichung eines vollstreckbaren Titels (Prozeßbetrug)

Der sogenannte Prozeßbetrug erfolgt dadurch, daß der Täter den Prozeßrichter täuscht und in einen Irrtum versetzt und ihn zu einer für eine Partei nachteiligen Entscheidung veranlaßt. Täter kann eine Partei oder ein Zeuge im Prozeß sein.

Die h.M.[3] sieht in der Entscheidung zum Nachteil einer Partei eine den Vermögenswert der Partei mindernde Vermögensgefährdung. Vereinzelt[4] wird die Vollendung des Prozeßbetruges von der Rechtskraft des Urteils abhängig gemacht, aber überwiegend[5] wird betont, daß auch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil oder ein Vollstreckungsbefehl den Vermögenswert der unterliegenden Partei durch eine Gefährdung vermindern könne und daß die Rechtskraft des Urteils für die Vollendung des Prozeßbetruges nicht erforder-

---

1) so auch Cramer, S. 164 ff.

2) a.A.: BGH bei Dallinger MDR 1951, 658.

3) BGH b. Dallinger MDR 1956, 10; RG St 3, 171; 16, 194 f; 36, 115; 59, 106; 69, 44 ff; 71, 304 f; 72, 138; 75, 399; RG JW 1925, 1498 f; 1927, 905; 1938, 1385; RG DR 1939, 921; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 55, 101; Jagusch LK § 263 Anm. 11 f; Olshausen § 263 Nr. 40 II e; Koffka ZStW 54, 59.

4) RGSt 36, 115; 71, 303; RG JW 1938, 1385; RG JW 1925, 1499; Michel S. 42.

5) RGSt 59, 106; 75, 399; RG JW 1927, 905; RG DR 1939, 921; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 55 u. 101; Jagusch LK § 263 Anm. 11 f; Olshausen § 263 Nr. 40 II; Koffka ZStW 54, 59; Maurach BT § 38 II B 4 c dd.

derlich sei. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidung hat die sofortige Zugriffsmöglichkeit der obsiegenden Partei auf das Vermögen der unterliegenden Partei und damit eine Vermögensgefährdung zur Folge, die nach Ansicht der herrschenden Meinung[1] wirtschaftlich schon eine Wertminderung des Vermögens der unterlegenen Partei bedeuten soll.

Es ist jedoch zu bedenken, daß mit der Verkündung einer vollstreckbaren Entscheidung noch keineswegs feststeht, daß die obsiegende Partei tatsächlich die Vollstreckung betreiben wird. In der Regel wird das zwar der Fall sein, und man wird mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung auch ohne weiteres einen Vermögensschaden der unterliegenden Partei annehmen können. Fraglich ist nur, ob ein vollendeter Prozeßbetrug vorliegt, wenn der Täter seinen Plan aufgibt und die Vollstreckung aus dem Urteil nicht betreibt.

Bei der Feststellung, ob ein effektiver Vermögensschaden und damit ein vollendeter Prozeßbetrug gegeben ist, muß im Gegensatz zur überwiegenden Meinung zwischen rechtskräftigen und vorläufig vollstreckbaren Urteilen unterschieden werden, da die Wirkungen unterschiedlich sind. Zum Wesen der Rechtskraft gibt es hauptsächlich zwei Theorien. Die Vertreter der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie[2] meinen, das Urteil gestalte die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Das richtige Urteil bestätige die bisherige Rechtslage und schaffe, falls es zuspreche, eine neue Anspruchsgrundlage, d.h. einen Judikatsanspruch, der zusätzlich neben die bisherigen Anspruchsgrundlagen trete. Das unrichtige Urteil vernichte die bisherige Rechtslage. Das irrtümlich zuerkannte Recht entstehe durch den Judikatsanspruch als alleinige Anspruchsgrundlage. Das irrtümlich aberkannte Recht erlösche, da die Klageabweisung die Wirkung einer rechtsvernichtenden Tatsache habe.

---

1) RGSt 59, 106; RG JW 1925, 1499; Koffka ZStW 54, 59.

2) z.B. Pagenstecher S. 30, 34, 40; Kohler, Klein-Festschr. S. 1 ff.

Die Vertreter der prozessualen Rechtskrafttheorie[1] hingegen sind der Ansicht, das rechtskräftige Urteil führe zu keiner Veränderung des materiellen Rechts. Ein Richterspruch könne nie Unrecht zu Recht machen, aber er könne gebieten, daß das Recht des einzelnen zurücktrete hinter der Sicherung der Allgemeinheit durch Rechtsfrieden[2]. Ein Urteil bringe nicht Rechte zur Entstehung, sondern stelle nur fest, was nach dem Gesetze Rechtens sei[3].

Eine Entscheidung für eine dieser beiden Theorien ist nicht erforderlich, da nach beiden Theorien die durch ein unrichtiges Urteil unterliegende Partei endgültig die Möglichkeit verloren hat, ihr Recht durchzusetzen, sei es, daß das Recht erloschen ist, sei es, daß das Recht hinter der Sicherung der Allgemeinheit durch Rechtsfrieden zurücktreten muß. Nach der Rechtskraft eines zusprechenden Leistungsurteils muß die unterliegende Partei die Leistung erbringen, im Falle eines abweisenden Leistungsurteils kann sie die Leistung nicht mehr fordern. Das rechtskräftige Urteil ordnet hoheitlich eine Vermögensminderung der einen bzw. eine Vermögensvermehrung der anderen Partei an. Das gilt selbstverständlich auch für ein klageabweisendes Urteil, da der Kläger seinen Anspruch nicht mehr geltend machen kann und der Beklagte die geschuldete Leistung nicht mehr zu erbringen braucht. Da ein rechtskräftiges Urteil mit Rechtsmitteln nicht mehr angegriffen werden kann, entsteht ein Zustand gegenwärtiger Gewißheit hinsichtlich der Vermögensverschiebung. Aus diesen Gründen tritt im Augenblick der Rechtskraft ein Vermögensschaden der unterliegenden Partei ein, und damit ist der Prozeßbetrug vollendet.

Anders ist es bei einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil. Es ist auflösend bedingt durch die Aufhebung der Entscheidung und ordnet eine Vermögensverschiebung zwischen den Parteien noch nicht endgültig an. Es besteht keine gegenwärtige Gewißheit, ob die unterliegende Partei einen Vermögens-

---

1) Rosenberg § 148 II; Schönke-Schröder-Niese § 73 VI; vgl. auch Wieczorek § 322 D bis D IV b m.w.N.

2) Baumbach-Lauterbach Einf. § 322 Anm. 2 B.

3) RGZ 94, 276; 129, 248.

schaden erleiden wird. Daher liegt ein vollendeter Prozeßbetrug noch nicht vor. Auch die Möglichkeit der obsiegenden Partei, auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit jederzeit auf das Vermögen der unterliegenden Partei zuzugreifen, vermag einen Vermögensschaden nicht zu begründen. Es besteht nur die Gefahr des Zugriffs als eine in der Zukunft liegende Möglichkeit, aber keine gegenwärtige Gewißheit, daß die obsiegende Partei tatsächlich zugreifen wird. Die obsiegende Partei wird sich sogar vielfach an der Betreibung der Zwangsvollstreckung durch § 717 Abs. 2 ZPO gehindert sehen, der der obsiegenden Partei im Falle der Aufhebung oder Abänderung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils eine Schadensersatzpflicht auferlegt. Die Partei, die vor Eintritt der Rechtskraft aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil vollstreckt, tut das auf ihre Gefahr. Über dem Vollstreckungsgläubiger "schwebt stets das Damoklesschwert der Ersatzpflicht bei Aufhebung des Titels"[1]. Deshalb steht dem sofortigen Zugriff der obsiegenden Partei auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit ein gewichtiger Hinderungsgrund entgegen, so daß vor Rechtskraft des Urteils von einem Vermögensschaden der unterliegenden Partei nicht ausgegangen werden kann. Ein Vermögensschaden tritt natürlich ein, sobald die obsiegende Partei von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Gebrauch macht.

Dasselbe Ergebnis mit ähnlicher Begründung findet sich bereits bei Michel[2]. Dort wird ausgeführt: "Hiernach ist also der Moment der Rechtskraft des Urteils der für die Vollendung entscheidende; jetzt erst äußert dasselbe seine vermögensschädigende Wirkung gegenüber dem Prozeßgegner. Denn durch die Rechtskraft erfolgt die definitive Regelung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen; die novierende Kraft des Urteils absorbiert die ganze in judicium deduzierte

---

1) Baumbach-Lauterbach Einf. § 708 Anm. 1 A.

2) Michel S. 42.

Rechtsmaterie, so daß nicht mehr auf die materiellen Grundlagen der früheren Rechtsbeziehungen zurückgegriffen werden kann. Eine nochmalige Klage in derselben Rechtssache ist leicht mit der exceptio rei judicatae zurückzuweisen. Die Schädigung des Prozeßgegners ist sonach normaler Weise mit der Rechtskraft des Urteils gegeben; es ist also gleichgültig, ob dasselbe auch zur Vollziehung gelangt, sei es durch freiwillige Leistung, sei es durch Zwangsvollstreckung.

Ausnahmsweise ist jedoch bei einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil auch der Fall möglich, daß der Gläubiger vor Eintritt der Rechtskraft seine Ansprüche realisiert, indem er seine Forderung durch Zwangsvollstreckung beitreibt. Hier erfolgt die Vermögensbeschädigung, bevor das Urteil rechtskräftig geworden ist. Diese Besonderheit der für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile kann dahin normiert werden: Macht der Gläubiger von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Gebrauch, so ist der Betrug mit der - freiwillig oder unfreiwillig - erfolgten Leistung vollendet, macht er keinen Gebrauch von derselben, so tritt die Vollendung des Betruges, wie sonst, mit der Rechtskraft des Urteils ein." Soweit die Ausführungen Michels.

Mit dem erschlichenen Erbschein und der unrichtigen Grundbucheintragung kann ein rechtskräftiges Urteil nicht verglichen werden, da weder durch den Erbschein noch durch die Grundbucheintragung die Erbschaftsgegenstände bzw. das Grundstück endgültig dem darin Berechtigten zugeordnet werden. Es handelt sich nur um Ausweismittel, die keine selbständigen Anordnungen treffen.

Nur Leistungsurteile, die rechtskräftig geworden sind, führen einen Vermögensschaden der unterliegenden Partei herbei, nicht aber Feststellungs- und Gestaltungsurteile. Der Ansicht, daß auch Gestaltungsurteile, die vermögensrechtliche Folgen haben, eine vermögensschädigende Gefährdung herbeiführen können, kann nicht gefolgt werden. Zwar hat beispielsweise gemäß dem z.Zt. noch geltenden § 58 Abs. 1 EheG der

allein oder überwiegend für schuldig erklärte Mann der geschiedenen Frau einen angemessenen Unterhalt zu gewähren. Die Frau, der es gelungen ist, das Gericht über das eigene erhebliche Mitverschulden zu täuschen, hat deswegen noch keinen vollendeten Prozeßbetrug begangen, wenn das Scheidungsurteil den Mann für allein schuldig erklärt. Selbst wenn sie ursprünglich die Absicht hatte, Unterhalt zu fordern, kann sie diese Absicht aufgeben. Falls die Frau keinen Unterhalt fordert, ist nicht einzusehen, inwiefern dem Ehemann ein Vermögensschaden entstanden sein soll. Das Scheidungsurteil hindert ihn nicht, über sein volles Vermögen frei zu verfügen.

3. Erschleichung eines Beweismittels (sog. Beweismittelbetrug)

Wenn jemand durch eine Täuschung einen anderen veranlaßt, ihm ein Beweismittel für eine angeblich gegen den anderen bestehende Forderung oder ein Beweismittel für eine angebliche Tilgung einer tatsächlich bestehenden Forderung des anderen gegen ihn zu verschaffen oder ein Beweismittel für eine tatsächlich bestehende Forderung des anderen gegen ihn zu vernichten, so fragt es sich, ob die dadurch eingetretene Vermögensgefährdung eine wirtschaftliche Wertminderung des Vermögens des anderen und damit einen Vermögensschaden zur Folge hatte. Die überwiegende Meinung bejaht[1] eine wirtschaftliche Vermögensschädigung, weil das Opfer der Gefahr ausgesetzt sei, vom Täter verklagt zu werden, und dann im Prozeß beweisen müsse, daß das Beweismittel vom Täter erschlichen worden sei. Das Opfer werde in eine schwierige Beweislage gebracht, weil der Täter jedenfalls den Rechtsschein für sich habe. Entsprechendes gelte für die erschlichene Ent-

---

1) BGH GA 1962, 213; OLG Hamm NJW 1965, 703; OLG Celle NJW 1959, 400; RGSt 72, 138; RG JW 1927, 2139; 1928, 411; RG LZ 1931, 1203; RG HRR 1928 Nr. 796; 1934 Nr. 675; Maurach BT § 38 II B 4 c dd; vgl. auch Cramer S. 162 f.

ziehung oder Vernichtung eines Beweismittels für eine Forderung des Opfers und für die Erschleichung eines Beweismittels für eine angebliche Tilgung einer dem Opfer zustehenden Forderung[1]. In diesen Fällen könne das Opfer seine Forderung in einem eventuellen Prozeß gegen den Täter nicht beweisen.

Vereinzelt[2] wird jedoch, gerade in neuerer Zeit, in der Beweismittelerschleichung kein vollendeter, sondern lediglich ein versuchter Betrug gesehen, da es an einem Vermögensschaden des Opfers fehle. Schröder[3] begründet seine Auffassung damit, daß der Getäuschte dem Täter durch das Beweismittel noch keine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf sein Vermögen verschafft habe, wie sie beispielsweise durch einen Erbschein oder eine Grundbucheintragung zur Entstehung gelange. Gegenüber dem erschlichenen Beweismittel behalte der getäuschte Aussteller noch sämtliche Einredemöglichkeiten.

Das OLG Hamm[4] stellt darauf ab, daß der Täter nur die Möglichkeit erhalten habe, sich durch eine weitere strafbare Handlung auf Kosten des Getäuschten zu bereichern. Erst nach einer weiteren Handlung des Täters, dem Gebrauch des Beweismittels, könne von einem Vermögensschaden gesprochen werden. Eine Vermögensvermehrung und damit korrespondierend ein Schaden könne noch nicht "in der Erlangung der bloßen Möglichkeit strafbarer Eingriffe in fremde Vermögensrechte erblickt werden". Bei Schröder[5] heißt es: "Wo die Beschaffung eines unrichtigen Beweismittels durch Täuschung ... dem Täter lediglich die Möglichkeit verschafft, durch Benutzung des Beweismittels weitere Reaktionen auszulösen, die erst

---

1) RGSt 16, 11; 1. Referat GS 43, 363 u. 389.

2) OLG Hamm NJW 1958, 513; Schönke-Schröder § 263 Rdn. 102 a; Schröder JZ 1965, 516; Eckstein GS 78, 154.

3) Schönke-Schröder § 263 Rdn. 102 a; Schröder JZ 1965, 516.

4) OLG Hamm NJW 1958, 513.

5) Schröder JZ 1965, 516.

ihrerseits den Schaden herbeiführen, wie z.B. das Urteil des Richters, kann von einer echten Schädigung noch nicht gesprochen werden."

Nach Eckstein[1] kann Betrug erst angenommen werden, wenn von dem erlangten Beweisstück zum Zwecke der Schädigung in Bereicherungsabsicht durch Täuschung Gebrauch gemacht werde.

Einig sind sich das OLG Hamm, Schröder und Eckstein also darin, daß die bloße Möglichkeit, das erschlichene Beweismittel zu benutzen, keinen Vermögensschaden begründet. Hinsichtlich des Zeitpunktes der Betrugsvollendung durch den Schadenseintritt ist man allerdings unterschiedlicher Ansicht: Während das OLG Hamm[2] und Eckstein[3] offenbar dann einen Schaden und damit einen vollendeten Betrug annehmen, wenn der Täter von dem erschlichenen Beweismittel zu Beweiszwecken Gebrauch macht, etwa durch Einreichung des Beweismittels beim Prozeßgericht, sieht Schröder[4] im Gegensatz dazu den Schadenseintritt und die Vollendung des Betruges erst in der Urteilsverkündung durch den Richter, so daß für Schröder der Beweismittelbetrug in Wirklichkeit ein Prozeßbetrug ist, jedenfalls soweit es sich um Beweismittel handelt, die keine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Opfers eröffnen.

Nach den hier bisher entwickelten Grundsätzen führt die bloße Erlangung eines Beweismittels durch Täuschung sicher keinen Vermögensschaden herbei. Durch ein Beweismittel, das eine Forderung des Täters gegen das Opfer beweisen soll, wird eine solche Forderung nicht begründet. Durch ein Beweismittel, das das Erlöschen einer Forderung des Opfers gegen den Täter beweisen soll, erlischt diese Forderung nicht. Die Erlangung

---

1) Eckstein GS 78, 154.
2) OLG Hamm NJW 1958, 513.
3) Eckstein GS 78, 154.
4) Schröder JZ 1965, 516.

des Beweismittels hat weder auf die Vermögenslage des Täters noch des Opfers unmittelbar einen Einfluß, sondern könnte einen solchen Einfluß möglicherweise erst in Zukunft haben. Es steht auch noch nicht mit Sicherheit fest, ob der Täter von dem Beweismittel Gebrauch machen wird und ob ein eventueller Gebrauch überhaupt irgendwelche nachteiligen Folgen für die tatsächliche Vermögenslage des Opfers haben würde. Man weiß noch nicht, ob der Täter weitere Handlungen zur Herbeiführung eines Schadens für das Opfer unternehmen wird, welche Schritte das Opfer gegen einen Gebrauch des erschlichenen Beweismittels unternehmen wird und wie das Beweismittel im Falle des Gebrauchs vom Gericht gewürdigt wird. Mit der Erschleichung eines Beweismittels hat der Täter also nicht mit gegenwärtiger Gewißheit einen Vermögensschaden des Opfers herbeigeführt, sondern sich nur die ungewisse Möglichkeit einer zukünftigen Schädigung eröffnet.

Auch der Gebrauch eines Beweismittels durch Einreichung beim Gericht im Falle der Klageerhebung führt noch keinen Vermögensschaden des Opfers herbei, da die Vorlage eines Beweisstückes nicht unbedingt prozeßentscheidend ist. Vielmehr gilt im Zivilprozeß gemäß § 286 ZPO der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Somit steht mit der Benutzung eines Beweismittels durch Einreichung bei Gericht keineswegs ein bestimmter Ausgang des Prozesses mit gegenwärtiger Sicherheit fest. Ein Vermögensschaden läßt sich also in diesem Zeitpunkt noch nicht feststellen. Er entsteht auch nicht durch den Urteilsspruch des Richters, wie Schröder[1] meint, sondern vielmehr erst, wie oben ausgeführt, mit der Rechtskraft des Urteils, so daß es sich um einen Prozeßbetrug handelt. Einen

1) Schröder JZ 1965, 516.

Beweismittelbetrug gibt es nicht, weder in der Form der Vollendung noch des Versuchs. Der Täter, der sich durch eine Täuschung einer Person ein Beweismittel erschleicht, mit dem er in einem späteren Prozeß den Richter täuschen will, begeht auch keinen versuchten Betrug, da er mit einer auf die Täuschung des Richters abzielenden Handlung noch nicht begonnen hat und die Täuschung des künftigen Opfers den Eintritt eines Vermögensschadens nicht herbeizuführen vermag, weil nicht das Opfer die Verfügung trifft, sondern der Richter. Da der Getäuschte und der Verfügende identisch sein müssen, kann eine Täuschung des nichtverfügenden Opfers einen strafbaren Betrugsversuch nicht begründen. Der Täter, der sich durch eine Täuschung eine Beweisurkunde verschafft, um sie später vor Gericht zu gebrauchen, ist hinsichtlich eines Betrugsversuches nicht anders zu beurteilen als der Täter, der eine solche Beweisurkunde selbst herstellt. In beiden Fällen liegt im Hinblick auf den geplanten Betrug nur eine Vorbereitungshandlung vor.

Ganz anders ist es in den oben erwähnten Fällen der Erschleichung einer Verfügungslegitimation, durch die der Getäuschte dem Täter eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit eröffnet. Wer Erbscheinsinhaber oder Bucheigentümer eines Grundstücks ist, täuscht allenfalls einen gutgläubigen Erwerber über seine Verfügungsbefugnis. Dieser kommt aber nicht als Verfügender über das Vermögen des wirklichen Erben bzw. Grundstückseigentümers in Betracht[1]. Die Verfügung, die letztlich zu dem Vermögensschaden führt, liegt in diesen Fällen schon in der Einräumung der Zugriffsmöglichkeit durch den getäuschten Nachlaß- bzw. Grundbuchrichter. Die Erlangung einer solchen Verfügungslegitimation ist im Gegensatz zur Erlangung eines Beweismittels nicht als Vorbereitung für die Täuschung eines endgültigen Verfügenden - des Prozeßrichters - anzusehen, denn weder der Erbschein noch die Grundbucheintragung

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 263 Rdn. 46 m.w.N.

ermöglichen dem Legitimierten in einem Prozeß den Beweis des Erbrechts bzw. Eigentums. Deshalb kann in der Erschleichung einer Verfügungslegitimation ein versuchter Betrug gesehen werden, nicht hingegen in der Beweismittelerschleichung.

Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in der Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend ein Vermögensschaden und damit ein vollendeter Betrug angenommen wird, wenn in Wirklichkeit nur eine echte, für den Versuch typische Gefährdungssituation besteht, weil der Eintritt einer effektiven Vermögensschädigung noch völlig ungewiß ist. Zwar wird zuweilen[1] darauf hingewiesen, daß diese Entwicklung in der Beurteilung der Vermögensgefährdung zu einer Aufweichung der Vermögensdelikte führt, die unter dem Gesichtspunkt der notwendigen tatbestandlichen Bestimmtheit des Strafgesetzes nicht mehr zu rechtfertigen ist. Der Grund für diese bedenkliche Entwicklung ist die Auffassung der herrschenden Meinung, daß es unbedingt erforderlich sei, den Vermögensschaden schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung festzustellen. Da sich im Zeitpunkt der Verfügung des Getäuschten vielfach noch gar nicht feststellen läßt, ob die weitere Entwicklung zu einer effektiven Vermögensbeschädigung des Opfers führen wird oder nicht, ist die herrschende Meinung auf Prognosen über die künftige Entwicklung angewiesen. In diese Prognose muß die herrschende Meinung, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgend, alle tatsächlichen übersehbaren Faktoren einbeziehen, auch wenn sich aus ihnen nur eine ganz entfernte, abstrakte Gefahr für das Vermögen des Opfers ergibt. Exakte begriffliche Abgrenzungskriterien zwischen einer bereits als Schaden zu betrachtenden "Vermögensgefährdung" und der für den versuchten Betrug typi-

1) Lenckner JZ 1971, 321; Cramer S. 131.

schen Gefährdung des Vermögens vermag die herrschende Meinung nicht anzubieten. Die von einigen Vertretern der herrschenden Meinung unternommenen Abgrenzungsversuche laufen auf eine Kasuistik hinaus.

Eine klare Abgrenzung zwischen versuchtem und vollendetem Betrug ist nur möglich, wenn man sich von der überkommenen, sich weder aus dem Wortlaut des § 263 StGB ergebenden noch sonst aus überzeugenden Gründen erforderlichen Auffassung löst, daß ein Vermögensschaden schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung festgestellt werden müsse. Aus § 263 StGB ergibt sich nur das Erfordernis der Kausalität zwischen Täuschung, Verfügung und Schädigung. Eine zeitliche Koppelung zwischen Verfügung und Schadenseintritt ist weder notwendig noch sinnvoll. Es ist, auch unter Berücksichtigung der Interessen des Opfers, ausreichend, wenn die Schadensfeststellung auf den Zeitpunkt verlegt wird, in dem sich mit gegenwärtiger Gewißheit ohne Zuhilfenahme von Prognosen eine Vermögensminderung feststellen läßt. Das ist der Zeitpunkt der Realisierung der durch die Verfügung erlangten Forderung des Opfers, wenn das Opfer selbst eine Gegenleistung nicht mehr zu erbringen hat, spätestens aber der Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung. Hat das Opfer selbst, wie beim Eingehungsbetrug, noch eine Gegenleistung zu erbringen, so kann erst der Austausch beider Leistungen erweisen, ob ein Vermögensschaden entstanden ist, wenn nicht schon vorher mit gegenwärtiger Gewißheit feststeht, daß das Opfer für seine bereits erbrachte Leistung eine entsprechende Gegenleistung nicht erhalten wird. In allen anderen Fällen, in denen nicht die Fälligkeit einer Forderung oder der Austausch von Leistungen als Endtermin für die Schadensfeststellung in Betracht kommen, ist die mit gegenwärtiger Gewißheit feststellbare Vermögensminderung des Opfers ein zuverlässiges, immer brauchbares, der Rechtssicherheit dienendes Kriterium der Schadensfeststellung beim Betrug.

Lebenslauf

Am 28. April 1944 wurde ich in Bersenbrück geboren. Meine Eltern sind der Vorsitzende Richter am Landgericht Josef Grimsel und seine Ehefrau Hildegard geb. Lohmann. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Von 1950 bis 1954 besuchte ich die Volksschule in Bersenbrück, anschließend die Angelaschule in Osnabrück, ein neusprachliches Gymnasium für Mädchen. Dort bestand ich am 25. Februar 1963 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1963 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Dort studierte ich sieben Semester. Am 28. April 1967 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst legte ich am 1. März 1971 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 17. März 1971 bin ich als Richterin beim Verwaltungsgericht Münster tätig.